



Article scientifique

Article

2004

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

---

## La procédure concordataire

---

Marchand, Sylvain

### How to cite

MARCHAND, Sylvain. La procédure concordataire. In: Fiches juridiques suisses, 2004, n° 24, p. 42p.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:45150>

# LA PROCÉDURE CONCORDATAIRE

## PREMIÈRE PARTIE: DU SURSIS À L'HOMOLOGATION

---

C.D. 347.738.6

MISE AU POINT  
Mars 2004

par **Sylvain Marchand**  
*Professeur à l'Université de Neuchâtel*

### I. LE CONCEPT DE CONCORDAT

1. **Définition de la procédure concordataire.** Un concordat est un accord entre le débiteur et ses créanciers sur une modification des modalités d'exécution des créances (N 2 à 4), faisant l'objet d'un processus d'acceptation collective par les créanciers (N 6) et d'un contrôle judiciaire (N 7). La procédure concordataire est la procédure aménagée par la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP) pour permettre l'élaboration (N 5) et l'exécution du concordat (N 8). Sur la nature juridique du concordat, qui n'est pas un contrat de droit privé, v. Jaeger, Art. 310, N 6; Amonn/Walther, par 53, N 9 ss; ATF 122 III 182 et ZR 77 103.
2. **L'accord entre le débiteur et ses créanciers.** Le concordat est un accord entre le débiteur et ses créanciers qui peut porter sur:
  - une modification du terme contractuel: les créanciers acceptent de repousser le terme d'exigibilité de leurs créances, et donc de renoncer aux poursuites pendant une certaine période;
  - une remise de dette partielle: les créanciers acceptent une réduction de leur créance;
  - une dation en paiement: les créanciers acceptent une remise d'actifs par le débiteur à titre de paiement.

3. **Terminologie.** Le concordat portant sur une modification du terme contractuel est traditionnellement nommé *concordat sursis*. Le concordat portant sur une remise de dettes est traditionnellement nommé *concordat dividende*. La loi sur les poursuites se réfère à ces deux types de concordat sous l'appellation de *concordat ordinaire* (titre XI ch. III de la LP). Le concordat portant sur une dation en paiement est légalement nommé *concordat par abandon d'actif* (titre XI ch. IV de la LP). La loi distingue entre le concordat par abandon d'actif traditionnel, qui implique une réalisation des actifs du débiteur par ses créanciers, et le concordat par abandon d'actif avec transfert à un repreneur, qui consiste en une cession des actifs du débiteur à un tiers contre paiement en main des créanciers (article 317 al. 1 LP).
4. **Concordats mixtes.** De même que le Code des obligations propose des contrats nommés sur la base desquels les parties peuvent élaborer des contrats innomés ou mixtes, les différents types de concordat sont fréquemment combinés, un concordat dividende pouvant prévoir la liquidation de certains actifs, et un délai de paiement sursitaire (Amonn/Walther, par 54, N 19). En cas de concordat mixte, les règles générales sur le sursis concordataire et le concordat (articles 293 à 313 LP, article 332 LP) s'appliquent sans réserve, alors que le juge doit sélectionner les règles de la partie spéciale applicables au concordat ordinaire (articles 314 à 316 LP) ou au concordat par abandon d'actif (articles 317 à 332 LP) qui lui paraissent les plus adéquates de cas en cas.
5. **Elaboration du concordat.** Le débiteur doit disposer d'un répit durant lequel les créanciers ne peuvent le poursuivre, pour pouvoir élaborer et proposer à ses créanciers un concordat. Ce répit lui est octroyé par le juge du concordat. Il s'agit de la phase du *sursis concordataire* (Titre XI ch. I). Elle comprend le sursis provisoire d'une durée de deux mois au plus (article 293 al. 2 LP), puis le sursis à proprement parler de 24 mois au plus (article 295 al. 4 LP). La durée maximale de la phase sursitaire est donc de 26 mois.
6. **Acceptation collective des créanciers.** Point n'est besoin d'une procédure particulière pour obtenir une modification du terme contractuel, une remise de dette partielle, ou une dation en paiement. Il s'agit de stipulations contractuelles soumises aux règles générales du droit des obligations. L'intervention du droit des poursuites consiste à substituer à l'accord particulier de chaque créancier, exigé par le droit des contrats, un accord collectif, exprimé par un vote des créanciers (article 305 LP). Tous les créanciers sont alors engagés par cet accord collectif, sans qu'une distinction ne soit faite entre les créanciers de la majorité et ceux de la minorité. Le vote des créanciers est la phase *d'adhésion au concordat*, chaque créancier qui l'accepte étant réputé y avoir adhéré.

7. **Contrôle judiciaire.** Cette substitution de l'accord particulier de chaque créancier par un accord collectif, qui implique que des créanciers soient soumis au concordat même s'ils n'y ont pas adhéré à titre personnel, suppose que certaines conditions légales soient remplies. Ces conditions doivent être vérifiées par le juge du concordat, dont la ratification est une condition d'entrée en vigueur du concordat. Cette ratification est la *décision d'homologation du concordat* (article 306 LP).
8. **Exécution du concordat.** Une fois que le contrat a été collectivement accepté par les créanciers, et homologué par le juge, le débiteur doit l'exécuter. La loi sur les poursuites régit en ses articles 314 à 331 les modalités de cette phase *d'exécution du concordat*.
9. **Le cas particulier du « discordat » (« Nachlassdiktat »).** La réforme du droit des poursuites de 1997 a introduit la nouveauté d'un concordat requis par un créancier (article 293 al. 2 LP), indépendamment de la volonté du débiteur. Cette nouveauté permet d'envisager, exceptionnellement, l'existence d'un « discordat », c'est à dire d'une solution concordataire imposée au débiteur contre sa volonté (Vollmar, Art. 293, N 17; Stoffel, p. 337, N 7; infra N 24).
10. **Institutions voisines.** Le *règlement amiable des dettes* (articles 333 à 336 LP) se distingue du concordat en ce qu'il ne concerne que les débiteurs soumis à la poursuite par voie de saisie, et ne substitue pas une acceptation collective des créanciers à leur acceptation individuelle. Le *sursis extraordinaire* (articles 337 à 350 LP) s'apparente au sursis concordataire, mais suppose que les circonstances extraordinaires de l'article 337 LP soit réalisée. Il repose sur une décision préalable du gouvernement cantonal (article 337 LP). La procédure d'*assainissement* de l'article 725 a CO peut prendre place lorsque l'administration d'une société a avisé le juge d'une situation de surendettement (article 725 CO). Celui-ci peut alors ajourner la décision de faillite, de façon à permettre à l'administration de la société de présenter un plan d'assainissement. Il peut également interdire de nouvelles poursuites comme en cas de sursis concordataire (article 297 al. 1 LP), mais il n'a pas l'obligation de le faire (ATF 104 III 20). Le plan d'assainissement n'implique aucune modification des créances contre la société, ni aucune acceptation collective des créanciers, contrairement au concordat.
11. **Règles spéciales.** Certains débiteurs font l'objet d'une législation spéciale en matière concordataire: v. article 25 ss de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934 (RS 952.0); articles 51 à 77 de la loi fédérale sur la liquidation des compagnies de chemins de fer et des entreprises de bateaux à vapeur du 25 septembre 1917 (RS 742.211); art. 3 de la loi fédérale réglant la poursuite pour dettes contre les communes et autres collectivités de droit public cantonal (RS 282.11).

## II. LA REQUÊTE DE SURSIS CONCORDATAIRE

### A. REQUÊTE PAR LE DÉBITEUR

- 12. Débiteur pouvant requérir un sursis concordataire (article 293 al 1 LP).** Le débiteur peut requérir un sursis concordataire qu'il soit ou non soumis à la poursuite par voie de faillite au sens des articles 39 ss LP (Amonn/Walther, par. 54, N 5). Le cas échéant, la requête doit être signée par un membre du conseil d'administration ayant le pouvoir d'engager la société (Vollmar, Art. 293, N 14).
- 13. Domicile du débiteur.** Le débiteur doit pouvoir être poursuivi pour ses dettes en Suisse (Vollmar, Art. 293, N 15; ATF 98 III 37), c'est-à-dire être domicilié en Suisse (article 46 al. 1 LP), ou inscrit au registre du commerce en Suisse (article 46 al. 2 LP). Il s'agit d'une conséquence du principe de l'incorporation posé par le Tribunal fédéral en matière de faillite (ATF 117 II 497) par opposition au principe du lieu d'activité effective, retenu en droit européen (Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, JO L 160 du 30.06.2000, p. 1-18 en vigueur depuis le 31 mai 2002, article 3 ch. 1).
- 14. Succursale d'une société étrangère.** Un arrêt ancien (ATF 62 III 76, repris par Fritzsche/Walder II par. 72, N 5; Vollmar, Art. 293, N 15) exclut que la succursale en Suisse d'une société étrangère puisse requérir un concordat, selon le principe de l'article 50 al. 1 LP: un concordat limité à la succursale n'aurait pas l'effet d'assainissement souhaité car l'établissement principal reste responsable des dettes de la succursale. Il ne serait pas admissible que l'effet de modification des créances qu'implique un concordat (infra N 95) fasse perdre à un créancier qui n'y a pas consenti ses droits contre l'établissement principal.
- 15. Entité n'ayant pas la personnalité juridique.** Une entité n'ayant pas la personnalité juridique mais qui peut être poursuivie en tant que telle peut requérir un concordat: société en nom collectif (article 562 CO, ATF 37 I 160, 45 II 30, 62 III 133, B1SchK 30/1966 p. 142, N 46; B1SchK 17/1953 p. 96, N 33); société en commandite (article 602 CO, Fritzsche/Walder, par. 72, N 3); communauté des propriétaires par étages (article 712 al. 1 et 2 CC et article 46 al. 4 LP). De même une masse en faillite devrait-elle pouvoir requérir un sursis concordataire pour ses dettes propres (article 240 LP). Par contre, une entité qui ne peut être poursuivie en tant que telle, comme une société simple, ne peut requérir un sursis concordataire (chaque associé pouvant cependant le faire à titre personnel pour les dettes dont il répond) (Vollmar, Art. 293, N 15; Jaeger, Art. 293, N 18; Fritzsche/Walder par. 72 N 6; SJZ 54/1958, p. 333, N 186; v. cependant ATF 98 III 37).

**16. Succession insolvable.** Une communauté héréditaire peut requérir un concordat au lieu où le défunt pouvait être poursuivi, tant qu'un partage n'a pas eu lieu (article 49 LP et 193 al. 2 LP; Fritzsche/ Walder, par. 72 N 4).

**17. Débiteur sous tutelle.** Le débiteur sous tutelle et son tuteur ne peuvent requérir ni conclure un concordat sans le consentement de l'autorité tutélaire (article 421 ch. 8 CC).

**18. Poursuites en cours.** Le débiteur peut demander à être mis au bénéfice d'un sursis concordataire indépendamment de toute poursuite en cours. La loi distingue cependant deux cas particuliers:

– *Demande de sursis concordataire au moment d'une décision de faillite.* Si le débiteur requiert un sursis concordataire alors qu'il fait l'objet d'une requête de faillite introduite par un créancier, le juge de la faillite peut ajourner la décision de faillite en application de l'article 173a LP, jusqu'à la décision du juge du concordat. Si celle-ci est positive, le juge de la faillite rejette la requête de faillite.

– *Proposition de concordat en cours de faillite.* Le débiteur peut également proposer un concordat en cours de faillite. Les modalités particulières de l'article 332 LP sont alors applicables: l'administration de la faillite remplit les fonctions du commissaire et les articles 302 à 331 LP s'appliquent par analogie, sous réserve des articles 308 LP (la publication de la révocation de la faillite se substitue à la publication de l'homologation), et 309 LP (en cas d'échec de la procédure concordataire, la faillite reprend son cours normal sans qu'une nouvelle requête ne soit nécessaire: Jaeger Art. 309 N 3). Un concordat en cours de faillite n'est pas précédé par une phase de sursis concordataire, les règles du droit de la faillite (v. notamment articles 204 et 206 LP) s'y substituant (Hunkeler, N 736). La demande de concordat doit intervenir avant la clôture de la faillite. Une demande tardive, présentée au stade des réalisations, peut être considérée comme dilatoire et donc être rejetée par le juge (ATF 120 III 94-96).

## **B. REQUÊTE PAR UN CRÉANCIER OU PAR LE JUGE DE LA FAILLITE**

**19. Créancier pouvant requérir un sursis concordataire (article 293 al. 2 LP).**

Un créancier ne peut requérir un sursis concordataire que s'il est en mesure de requérir la faillite, c'est-à-dire (i) si une commination de faillite a été adressée au débiteur dans le cadre d'une poursuite intentée par le créancier, et si le créancier est dans les délais de l'article 166 LP ou (ii) dans les cas de faillite sans poursuite préalable (article 190-194 LP).

**20. Créanciers ne pouvant requérir un sursis concordataire.** Un créancier gagiste doit poursuivre le débiteur en réalisation du gage (article 41 al. 1 LP) et n'est pas en mesure de requérir sa faillite. Il ne peut donc requérir un sursis concordataire (Vollmar, Art. 293, N 16). Pour la même raison, l'administration fiscale

ou le créancier d'entretien sont exclus de cette possibilité lorsqu'ils ne peuvent poursuivre le débiteur que par voie de saisie (article 43 LP).

**21. Concordat en cours de faillite (article 332 LP).** Au vu du texte de l'article 332 LP et compte tenu de la condition de l'article 293 al. 2 LP, un concordat en cours de faillite ne peut être requis que par le débiteur (article 332 LP). Pourtant, les créanciers peuvent avoir intérêt autant que le débiteur à ce qu'une procédure concordataire se substitue à la faillite. Si par exemple un repreneur se présente en cours de faillite, les créanciers sont les premiers à avoir intérêt à lui céder les actifs en bloc et ils ne devraient pas être tributaires des caprices du débiteur. La majorité de l'article 305 LP serait plus adéquate qu'une majorité par tête au sens de l'article 235 al. 4 LP pour prendre ce type de décision. Une partie de la doctrine propose avec raison de ne pas exclure le droit des créanciers de requérir un concordat en cours de faillite (Winkelmann/Levy/Jeanerret/Merkt/Birchler, Art. 332, N 6).

**22. Qualité du débiteur.** La condition de l'article 293 al. 2 LP implique que la possibilité d'un créancier de requérir le sursis concordataire n'existe que si le débiteur est soumis à la poursuite par voie de faillite en Suisse (article 39 LP), ou aux conditions exceptionnelles de l'art. 192 al. 1 ch. 1 LP (faillite sans poursuite préalable) ou 309 LP (échec du concordat, infra N 25 et 108).

**23. Sursis concordataire requis par le juge de la faillite (article 173 a LP).** Le juge requis de prononcer une faillite peut, de sa propre initiative, ajourner la décision de faillite et transmettre le dossier au juge du concordat s'il considère qu'un concordat paraît possible.

**24. Le cas du « discordat » (Nachlassdiktat).** Dans la plupart des cas, le débiteur reprendra à son compte la requête de concordat déposée par le juge ou un créancier, et participera à l'élaboration du concordat. La loi n'implique cependant pas qu'un sursis concordataire requis par le juge ou par un créancier obtienne l'adhésion du débiteur. Cela signifie que le concordat peut être imposé à ce dernier (« discordat »; Vollmar, Art. 293, N 17; Stoffel, p. 337, N 7). La proposition concordataire est alors essentiellement préparée par le commissaire au sursis, le cas échéant avec la collaboration du créancier requérant. Ni un juge, ni un créancier, ne peuvent cependant contraindre le débiteur à garantir l'exécution d'une proposition concordataire à laquelle il n'adhère pas (infra N 71-72). Le « discordat » n'est donc envisageable à notre avis que pour un concordat par abandon d'actif. Le transfert des actifs aux créanciers ou au repreneur n'est en effet qu'un mode alternatif de réalisation des biens du débiteur par rapport aux règles de la faillite.

**25. Du concordat au discordat.** De même, si le débiteur a requis lui-même un sursis concordataire mais que sa proposition échoue, tout créancier peut requérir la faillite dans un délai de 20 jours (article 309 LP; infra N 107, 108). Chaque créancier est donc en mesure de requérir un nouveau sursis concor-

dataire (article 397 al. 2 LP) pour faire aux créanciers une proposition alternative de concordat par abandon d'actif, contre les vœux du débiteur.

## C. PROCEDURE

**26. Autorité et procédure.** La requête de concordat doit être adressée au juge du concordat déterminé par la loi cantonale d'application de la LP au lieu où le débiteur pourrait être mis en faillite ou être poursuivi normalement (Vollmar, Art. 293, N 35). Un sursis concordataire ordonné par une autorité incompétente à raison du lieu déploie néanmoins ses effets en terme de suspension des poursuites (ATF 98 III 37). La procédure est sommaire (article 25 ch. 2 lit. a LP). En principe, le juge doit tenir audience « sans délai » (article 294 al. 1 LP) et statuer « à bref délai » (article 294 al. 2 LP). En réalité, l'octroi d'un sursis provisoire (article 293 al. 3 LP, infra N 31) lui permet de disposer d'un délai de deux mois au plus pour statuer.

### **27. Contenu de la requête du débiteur ou d'un créancier.**

– **Motivation.** La requête doit être motivée (article 293 al. 1 et 2 LP). Cette motivation a pour but de convaincre le juge des chances d'obtention d'un concordat (article 294 al. 2 et 295 al. 1 LP). Le requérant doit non seulement rendre vraisemblable qu'il est en mesure de présenter une proposition acceptable pour une majorité de créanciers (article 305 LP), mais également que son projet remplira les conditions d'homologation (article 306 LP; ZGGVP 2001 162; RVJ 1998, 153). L'examen du juge doit cependant s'arrêter au stade de la vraisemblance, le juge ne pouvant préjuger à ce stade de sa décision d'homologation. Cet examen prospectif ne doit conduire au refus du sursis que s'il est certain que les conditions de l'homologation ne pourront être réunies (LGVE 1994 I 51; SJ 1982 609, ATF 87 III 40). Le juge peut cependant tenir compte d'autres critères, comme par exemple la présence d'actes révocables au sens des articles 285 ss LP (Vollmar Art. 294, N 13), mais pas de critères subjectifs comme le mérite du débiteur (v. infra, N 66). Les conséquences économiques d'une faillite, et l'intérêt des employés à la sauvegarde de leurs emplois, sont également des critères qui doivent être pris en compte par le juge (Message, p. 208). Sur le questionnaire standardisé relatif au sens d'un sursis concordataire, v. Stöckli in: ST 2003 157.

– **Documentation.** En cas de requête par le débiteur, celui-ci doit fournir un bilan détaillé, un compte d'exploitation, le cas échéant un état de ses livres ou tous autres documents permettant d'établir l'état du patrimoine et des revenus du débiteur (article 293 al. 1 LP). Lorsque le concordat a été requis par un créancier, le débiteur a une obligation de production de ces mêmes documents (article 294 al. 1 LP), qui peut être sanctionnée par l'application de l'article 292 CP (Vollmar, Art. 294, N 10). Les règles de la maxime inquisitoriale s'appliquent (ATF 59 III 37, BlschK 1971, 151; Amonn/Walther, par. 54, N 10). Cette documentation doit permettre au juge de vérifier à titre prévisionnel et au niveau de la vraisemblance que le projet est proportionné aux ressources

du débiteur, que ce dernier pourra produire les garanties d'exécution requises, et le cas échéant qu'un projet de concordat par abandon d'actif présente un intérêt supérieur à une faillite pour les créanciers (article 306 LP, infra N 65-74).

- *Projet.* Le débiteur requérant doit également joindre à la requête un projet de concordat (article 293 al. 1 LP). Le projet doit indiquer de manière précise comment et dans quelle mesure le débiteur entend désintéresser ses créanciers (SJ 1994, 436). La loi ne prévoit pas cette condition dans le cas d'une requête produite par un créancier (article 293 al. 2 LP). A notre avis, un tel projet est néanmoins requis dans ce cas également, pour permettre au juge du concordat d'estimer les chances de succès du concordat. De toutes façons, ce projet ne lie pas le requérant, qui peut en modifier les termes durant la procédure de sursis.

**28. Transmission du dossier par le juge de la faillite.** Ces exigences formelles ne s'appliquent pas lorsque le juge de la faillite décide d'ajourner la décision de faillite et de transmettre le dossier au juge du concordat. Ce dernier doit prendre sa décision sur la base de la procédure orale, et des documents qu'il peut requérir du débiteur (article 294 al. 1 LP).

**29. Droit d'être entendu.** Le débiteur et, le cas échéant, le créancier requérant doivent être entendus par le juge (article 294 al. 1 LP). Celui-ci peut également entendre d'autres créanciers, ou des tiers, comme par exemple le repreneur potentiel en cas de concordat par abandon d'actif, ou des tiers revendiquant des actifs du débiteur, et dont la prétention peut modifier sensiblement l'estimation de l'état du patrimoine du débiteur par le juge. L'audition des créanciers les plus importants peut également lui permettre d'estimer les chances de succès du concordat. Les créanciers entendus dans ce cadre ne sont cependant pas liés par leur déclaration, le projet de concordat n'étant lui-même pas définitif.

**30. Publication (article 296 LP).** Le sursis concordataire est publié et communiqué à l'office des poursuites et au registre foncier. Les effets du sursis sur les droits des créanciers (article 297 LP) commencent cependant dès la décision de sursis, et non dès la publication (Vollmar, Art. 296, N 6). La décision de sursis est également mentionnée au registre foncier (article 80 al. 9 ORF).

**31. Mesures provisionnelles (article 293 al. 3 LP)**

- *En général.* Le juge du concordat peut prendre toutes mesures conservatoires nécessaires (article 293 al. 3LP). Il doit ainsi assurer la conservation du patrimoine du débiteur et veiller à ce que ni le débiteur ni le créancier ne puissent se procurer un avantage injustifié (ATF 129 III 94). Lorsque le sursis concordataire est requis par le débiteur alors qu'un créancier a requis sa faillite, par le juge de la faillite, ou par un créancier en mesure de requérir la

faillite, les mesures conservatoires utiles sont les mêmes que celles qui peuvent précéder le jugement de faillite (article 170 LP), en particulier l'inventaire des biens du débiteur (article 163 LP) et l'obligation de rapport du débiteur (article 164 LP). Le juge doit néanmoins veiller à ne pas faire obstacle à la poursuite des activités ordinaires du débiteur, car de telles mesures porteraient préjudice aux chances de succès du concordat, et préjugeraient donc de la décision sur le sursis.

- *Sursis provisoire.* Le juge peut par ailleurs accorder un sursis provisoire de deux mois aux plus. Le sursis provisoire est publié (article 293 al. 4 et 296 LP) et a les mêmes effets que le sursis concordataire sur la suspension des poursuites (article 297 LP) et la surveillance du débiteur (article 298 LP, article 293 al. 4 LP). Les décisions du commissaire provisoire peuvent faire l'objet d'une plainte (article 17 LP; ATF 129 III 94). Le commissaire provisoire nommé durant la durée du sursis provisoire doit réunir les éléments permettant au juge de se prononcer sur la demande de sursis (article 293 al. 3 et 294 al. 2 LP).
- *Coûts.* Les coûts afférant aux mesures provisionnelles sont à la charge du débiteur si le concordat a été requis par lui-même ou par le juge. Si un créancier a requis le sursis, ces coûts sont mis à sa charge et s'ajoutent à sa créance (article 169 LP par analogie; Vollmar, Art. 293, N 34)

**32. Recours contre un refus d'octroyer le sursis (article 294 al. 3 LP).** Seul le débiteur ou le créancier requérant peuvent recourir contre la décision du juge de refuser le sursis, si le canton a institué une juridiction supérieure. Le délai de recours est de dix jours dès la notification de la décision. La décision de la juridiction cantonale supérieure peut faire l'objet d'un recours de droit public au Tribunal fédéral (Amonn/Walther, par. 54, N 17; ATF 103 Ia 76; ATF 5P.435/2002/ frs du 24 avril 2003).

**33. Recours contre l'octroi du sursis.** La décision d'octroi du sursis ne peut faire l'objet d'un recours, le débiteur ou le créancier requérant n'ayant pas d'intérêt juridique, et les autres créanciers n'ayant pas qualité pour recourir (article 294 al. 3 LP a contrario). Le débiteur, le créancier requérant, et les autres créanciers peuvent néanmoins recourir contre cette décision devant l'instance de recours cantonale, et en recours de droit public au Tribunal fédéral uniquement en ce qui concerne la désignation du commissaire (article 294 al. 4 LP; ATF 103 Ia 76, JT 1978 II 130; v. cependant Rep. 1996 p. 302).

**34. Réexamen d'un refus de sursis.** Le débiteur peut en tout temps demander à être mis au profit d'un sursis concordataire (article 397 al. 1 LP). Il peut donc également le faire alors qu'une première demande de sursis a été rejetée (Fritzsche/Walder, par. 72, N 16), ou qu'une procédure concordataire a échoué et conduit à sa faillite (article 309 LP), sous réserve du caractère dilatoire de la demande (ATF 120 III 94-96). Cela implique que le juge du concordat peut être amené en tout temps à réexaminer sa décision. Il va de soi cependant

que le juge du concordat sera circonspect quant aux chances de succès du concordat (articles 294 al. 2 et 295 al. 1 LP), après un premier échec. Un concordat en cours de faillite (article 332 LP) ne peut être demandé qu'une fois par le débiteur (Jaeger, Art. 332 N 27 et Art. 309, N 3).

**35. Réexamen de l'octroi du sursis.** De même le juge du concordat peut-il être amené en tout temps à réexaminer les conditions de l'octroi du sursis, à la demande du commissaire (article 295 al. 5 et 298 al. 3 LP). Les créanciers n'ont pas qualité pour demander un tel réexamen mais sont entendus. Ce réexamen peut conduire à la révocation du sursis, si le juge estime cette mesure nécessaire pour maintenir le patrimoine du débiteur, s'il apparaît manifestement que les créanciers n'adhéreront pas au concordat (article 295 al. 5 LP), ou si le débiteur viole ses obligations durant le sursis concordataire (article 298 al. 3 LP). Alternativement, dans les cas moins graves, le juge peut se contenter de modifier sa décision d'octroi du sursis, en prévoyant que certains actes ne pourront être accomplis qu'avec le concours du commissaire, ou en autorisant le commissaire à poursuivre l'entreprise à la place du débiteur (article 298 al. 3 LP, infra N 51).

**36. Frais de procédure:** v. Art. 54 de l'Ordonnance sur les émoluments perçus en application de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.35; OELP). Les frais sont avancés par la partie requérante (article 49 al. 2 OELP).

### III. EFFETS DU SURSIS

#### A. SUSPENSION DES POURSUITES

**37. Durée du sursis (article 295 LP).** La décision de sursis concordataire suspend les poursuites contre le débiteur pour une durée de quatre à six mois, qui s'ajoute à la durée d'un éventuel sursis provisoire de deux mois au plus (article 295 al. 1 LP). Ce sursis peut être prolongé, à la demande du commissaire, jusqu'à 24 mois au maximum (sans comprendre la durée du sursis provisoire). En cas de prolongation supérieure à 12 mois, les créanciers doivent être entendus (article 295 al. 4 LP). Cette règle implique que le commissaire au sursis ait procédé à l'appel au créancier (article 300 LP) avant la prolongation du délai.

**38. Effet de la suspension (article 297 al. 1 LP).** Durant le sursis, aucun acte de poursuite ne peut être accompli contre le débiteur, sous peine de nullité (Vollmar, Art. 297, N 7; ZR 44/1945 N 192). Les poursuites en cours sont suspendues, y compris les poursuites en réalisation d'un gage mobilier (ATF 102 III 109). Le créancier ne peut requérir une poursuite (ATF 104 III 20); aucun commandement de payer, aucun avis de saisie, aucune commination de faillite

ne peut être notifié par l'Office au débiteur. L'effet de la saisie subsiste pour les biens déjà saisis, mais la réalisation ne peut avoir lieu (Vollmar, Art. 297, N 7). Un séquestre des biens du débiteur garde ses effets durant la phase du sursis

**39. Limites de la suspension.** Certaines poursuites peuvent néanmoins être diligentées durant le sursis:

- *Poursuite intentée par un créancier privilégié (article 297 al. 2 ch. 1 LP).* Les créanciers privilégiés de première classe (article 219 al. 4 LP) peuvent introduire ou continuer une poursuite contre le débiteur. Une telle poursuite se continue cependant par voie de saisie pendant toute la durée du sursis, même si le débiteur est en principe soumis à la poursuite par voie de faillite (article 39 LP). Les biens ainsi saisis peuvent être réalisés même après l'homologation du concordat (ATF 83 III 116).
- *Poursuite pour des dettes nées pendant le sursis avec l'accord du commissaire ou du juge.* De même, les dettes nées pendant le sursis avec l'accord du commissaire ou du juge peuvent faire l'objet d'une poursuite contre le débiteur pendant le sursis, par voie de saisie (Amonn/Walther, par. 54 N 32).
- *Poursuite en réalisation de gage immobilier (article 297 al. 2 ch. 2 LP).* Des poursuites en réalisation de gage immobilier peuvent être introduites ou continuées contre le débiteur pendant la durée du sursis. La réalisation du gage est cependant suspendue, en prévision d'une éventuelle décision du juge sur la réalisation des gages (article 306 a LP; ATF 102 III 109). Par contre, les créanciers gagistes restent soumis aux délais de réquisition de l'article 155 LP (infra N 41).
- *Poursuite en réalisation de gage (mobilier ou immobilier) appartenant à un tiers.* Une poursuite en réalisation d'un gage appartenant à un tiers peut être introduite et continuer pendant le sursis (article 206 al 1 in fine LP par analogie, infra N 82).
- *Distribution des montant déjà encaissés (article 297 al. 1 LP).* Les saisies en cours gardent leurs effets durant le sursis mais ne peuvent donner lieu à aucune réalisation (Amonn/Walther, par. 54, N 31). Cependant, les montants déjà encaissés par suite de saisie d'espèce, de saisie de créance ou de salaire, sont acquis au créancier saisissant, sauf si le sursis concordataire intervient dans un délai de 30 jours après la saisie (délai de participation de l'article 110 LP; article 199 applicable par le renvoi de l'article 297 al. 1 LP).
- *Séquestre et autres mesures provisionnelles.* Les créanciers peuvent requérir un séquestre des biens du débiteur durant le sursis (Vollmar, Art. 297, N 7; Amonn/Walther, par. 54 N 32). L'intérêt en est cependant limité, puisque les effets du séquestre cessent si le concordat est homologué (infra N 97). Dans le cas contraire, le débiteur est en général mis en faillite (article 309 LP), ce qui implique que les biens séquestrés entrent dans la masse (article 199 al. 1 LP). Les créanciers peuvent également requérir d'autres mesures provisionnelles (par ex. articles 83 et 283 LP; Vollmar, Art. 297 N 7 sur une prise d'inventaire, v. ATF 129 III 395).

**40. Procès.** Les procès en cours ne sont pas suspendus par le sursis concordataire (Vollmar, Art. 297 N 10; Winkelmann / Levy / Jeanneret / Merkt / Birchler, Art. 319, N 36; Fritzsche/ Walder, par. 72, note 43; B1SchK 1986, p. 117 N 38). A fortiori, les créanciers peuvent introduire de nouveaux procès contre le débiteur pendant le sursis. Il ne s'agit que d'une anticipation du droit de faire reconnaître leur créance (articles 315 et 321 LP). Sur les créances contestées, v. infra N 84. Une mainlevée provisoire ou définitive ne peut être ordonnée durant le sursis, car il s'agit de décisions de poursuite. Par contre, une action en reconnaissance de dette, une action en libération de dette, une action en revendication, ou une action en annulation d'une poursuite, peuvent être introduites ou continuer pendant le sursis. En cas de concordat en cours de faillite (supra N 18), l'article 207 LP est applicable (Hunkeler, N 736).

**41. Délais imposés aux créanciers.** Les délais de procédure imposés aux créanciers ne sont pas interrompus par le sursis (ATF 122 III 204, concernant cependant le délai de l'article 40 LP. Cet arrêt, qui reste valable dans son principe, n'est cependant plus d'actualité quant à sa solution, puisque le nouvel article 309 LP prévoit qu'en cas de refus d'homologation, le débiteur peut être mis en faillite sans poursuite préalable même s'il n'est pas inscrit au registre du commerce: infra N 108). Les créanciers qui veulent conserver le bénéfice d'une poursuite en cours dans l'hypothèse d'un échec du concordat doivent donc procéder à tous les actes qui leur incombent, dans les délais légaux (par exemple une réquisition de réalisation), dans la mesure où ils ne sont pas rendus impossibles par le sursis.

**42. Prescription et péremption (article 297 al. 1 LP).** Les délais de péremption ou de prescription ne courent pas pendant le sursis. Il s'agit autant de la prescription de droits matériels, qui ne peut être interrompue par une poursuite en raison du sursis (article 135 CO; Vollmar, Art. 297, N 11; Hunkeler, N 747; ATF 104 III 20 à contrario), que des délais de poursuites ne pouvant être sauvegardés par les créanciers en raison du sursis (v. notamment sur la prolongation de la période suspecte relatifs à une éventuelle action révocatoire article 288 a LP et ATF 110 III 99). La règle est moins importante pour les délais de péremption, qui ne peuvent de toutes façons pas être interrompus par une poursuite (Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auf. p. 451). Elle trouve cependant application à notre avis au délai de péremption de l'article 510 al. 3 et 511 CO, en cas de sursis concordataire accordé à la caution.

**43. Compensation (article 297 al. 4 LP).** Les règles du droit de la faillite applicables à la compensation (article 213 et 214 LP) s'appliquent également en cas de sursis concordataire, la publication du sursis correspondant à l'ouverture de la faillite pour l'application de ces dispositions (v. ATF 107 III 25).

**44. Intérêts.** Les intérêts afférant aux créances cessent de courir dès la publication du sursis, sauf pour les créances garanties par un gage mobilier ou immobilier.

Ils renaissent avec effet ex tunc si le concordat n'est pas homologué, ou si le sursis est révoqué (Amonn/Walther, par. 54, N 34; Hunkeler, N 759, et infra N 96), ou en cas de concordat par abandon d'actif, si la liquidation génère un excédent après paiement des créanciers (ATF 129 III 559).

45. **Contrats en cours.** L'octroi d'un sursis implique une situation d'insolvabilité qui conduit à l'application de l'article 83 CO (BR 2002 55). Il n'exclut pas une mise en demeure du débiteur au sens des articles 102 ss CO (Dallèves, Des effets du concordat sur les contrats du débiteur, SAS 1982, p. 114-123, not. p. 119).
46. **Appel à la caution.** L'octroi d'un sursis en faveur du débiteur principal permet au créancier d'appeler la caution en cas de cautionnement simple (article 495 al. 1 CO), et à plus forte raison solidaire (article 496 al. 1 CO; RVJ 2000, 280), même avant la réalisation des gages (articles 495 al. 2 et 496 al. 2 CO). La caution n'est cependant pas tenue de payer avant le terme d'exigibilité fixé par le contrat (article 501 CO, v. également infra N 83).

## B. SURVEILLANCE DU DÉBITEUR

47. **Nomination du commissaire (article 295 al. 1 et 2 LP).** Le juge nomme un commissaire au sursis qui aura une mission de surveillance du débiteur (article 298 al. 1 LP), d'inventaire (article 299 LP), de gestion de la procédure d'appel aux créanciers (article 300 à 302) et de rapport au juge (articles 295 al. 4 et 5, 298 al. 4, et 304 LP). Le commissaire peut être une personne morale ou physique (Vollmar, Art. 295, N 21). Il doit être indépendant de façon à sauvegarder autant les intérêts du débiteur que ceux des créanciers (ATF 103 Ia 76), et doit se récuser dans les cas de l'article 10 LP (ATF 94 III 55). Tout créancier en mesure de rendre sa créance vraisemblable peut recourir dans les dix jours contre la nomination du commissaire (article 294 al. 4 LP; ATF 103 Ia 76). Le commissaire est une autorité d'exécution dont les décisions peuvent faire l'objet d'une plainte (Stoffel, p. 346; ATF 129 III 94; 82 III 131) et dont les actes engagent la responsabilité du canton (article 5 LP). Le juge peut révoquer le commissaire en tout temps (ATF 119 III 37) et lui infliger les sanctions disciplinaires de l'article 14 al. 2 LP (ATF 114 III 120).
48. **Honoraires du commissaire.** Le juge fixe de manière forfaitaire les honoraires du commissaire (article 55 al. 1 OELP; v. ATF 68 III 125), qui a droit au remboursement (ATF 94 III 20) ou à l'avance (ATF 100 III 33) de ses frais. Le commissaire ne peut se faire payer ses honoraires par compensation avec les sommes qu'il a encaissées pour le compte du débiteur durant le sursis (ATF 60 III 187), ni réclamer du débiteur une garantie de prise en charge de ses honoraires entre le montant qu'il réclame et celui que lui fixera le juge (BISchK 2001-151). Les honoraires du commissaire bénéficient d'une garantie de paiement intégral dans le concordat, et sont des dettes de la masse en cas de faillite subséquente du débiteur (article 310 al. 2 LP, infra N 92 et 108).

**49. Inventaire (article 299 LP).** Le commissaire doit dresser un inventaire des biens du débiteur et procède à leur estimation. Les règles du droit de la faillite (article 221 ss LP) sont applicables par analogie (Hunkeler N 856; plus nuancé sur les conséquences pénales d'un refus d'information par le débiteur: Jaeger, Art. 299, N 3). Les articles 223 et 224 LP ne sont pas applicables par analogie, car ils sont incompatibles avec la continuation de l'industrie de débiteur (article 298 LP). L'estimation des biens permet au juge de déterminer si les conditions d'homologation sont réalisées (infra N 65-74). Elle permet également de déterminer si les créanciers gagistes ont une part de leur créance non couverte par le gage (infra N 81). L'inventaire et l'estimation concernent également les biens du débiteur à l'étranger, qui doivent être pris en compte lors de l'homologation (infra N 79; Amonn/Walther par. 54 N 55). L'estimation des biens du débiteur peut faire l'objet d'une plainte (article 17 LP) par les créanciers, dans un délai de dix jours dès le moment où ils ont été avisés qu'ils pouvaient en prendre connaissance (ATF 94 III 25).

**50. Surveillance du débiteur par le commissaire (article 298 LP).** Pendant le sursis, le débiteur garde en principe (infra N 51) le pouvoir de disposer de ses biens et de continuer son industrie, et cela même s'il prépare un concordat par abandon d'actif (Vollmar, Art. 298, N 3; ATF H 38 / 01 du 17 janvier 2002, c. 3b). Il a l'obligation d'informer le commissaire de tous ses actes de gestion et d'administration. Ce dernier peut lui donner des instructions (Amonn/Walther, par. 54, N 44; Vollmar, Art. 298, N 5; ATF 129 III 94 cons. 3, ATF 82 III 131). Les créances résultant de la continuation de ses activités par le débiteur bénéficient d'une garantie de paiement intégral dans le cadre du concordat (article 306 al. 2 ch. 2 LP, infra N 71 et 92). Les actes de disposition accomplis par le débiteur sans l'accord exprès ou tacite du commissaire restent valables et opposables aux autres créanciers (Amonn/Walther, par. 54, N 44), mais les créances en découlant ne bénéficient pas de la garantie de paiement intégral de l'article 306 al. 2 ch. 2 LP (infra, N 71 et 93).

**51. Restriction au pouvoir de disposer du débiteur.** Une restriction au pouvoir de disposer du débiteur peut résulter:

- *De la loi (article 298 al. 2 LP).* Le débiteur ne peut, même avec l'accord du commissaire, aliéner ou grever l'actif immobilisé, constituer un gage, se porter caution ou disposer à titre gratuit pendant la durée du sursis. L'actif immobilisé comprend tous les biens, mobiliers ou immobiliers, durablement affectés à l'entreprise du débiteur (Stoffel, p. 352, N 87; Jaeger, Art. 298, N 16; Vollmar, Art. 298, N 11). La réforme de 1997 a introduit la possibilité de procéder à de tels actes avec l'accord du juge du concordat. Cette nouvelle règle a pour but de permettre au débiteur de financer la continuation de ses activités. Dans les cas extrêmes, le juge peut autoriser la vente de la totalité ou d'une partie de l'entreprise à un repreneur pendant le sursis, sans attendre l'homologation d'un concordat par abandon d'actif (article 317 al. 1 LP), si cette vente est nécessaire au maintien de la valeur de cette entreprise (Vollmar, Art. 298, N 19). Sur la question de l'application des règles sur les

licenciements collectif dans cette hypothèse, v. ATF 123 III 176; Vollmar, Art. 298, N 18. Sur la question controversée de l'application de l'article 333 CO, v. l'avis de l'OFJ in: JAAC –VPB 66 -8 et Hofstetter, PJA 2003, 153.

– *De la décision du juge (article 298 al. 1 LP).* Le juge du concordat peut ordonner que certains actes de disposition ne pourront avoir lieu qu'avec le concours du commissaire, ou même substituer le commissaire au débiteur pour poursuivre l'activité de ce dernier.

**52. Violation d'une restriction du pouvoir de disposer.** Les actes de disposition commis par le débiteur en violation de cette restriction ne sont pas nuls de plein droit, mais inopposables aux créanciers (Vollmar, Art. 298, N 14; Amonn/Walter, par. 54, N 42; contra Jaeger, Art. 298, N 19 qui considère que ces actes sont totalement nuls). L'article 204 LP est applicable par analogie (Stoffel, p. 352, N 89; Amonn/Walther, par. 54 N 42; contra Jaeger, Art. 298, N 19). Sur le statut des créances découlant de ces actes dans la procédure concordataire, v. infra, N 94.

**53. Sanctions procédurales (article 298 al. 3 LP).** En cas de violation des règles de surveillance et de limitation du pouvoir de disposition par le débiteur, le commissaire doit en aviser le juge qui peut renforcer les limitations aux pouvoirs de disposition du débiteur, ou révoquer le sursis. Sur la révocation du sursis, v. infra N 107, 108.

## IV. ADHÉSIONS ET HOMOLOGATION

### A. L'ACCEPTATION COLLECTIVE DES CRÉANCIERS

**54. L'appel aux créanciers (article 300 LP).** Le commissaire procède à un appel aux créanciers par publication, et pli simple adressé aux créanciers connus (article 300 LP). Ces derniers sont notamment ceux qui figurent dans les livres du débiteur (v. article 321 LP). Les créanciers doivent produire leurs créances dans un délai de vingt jours. Sur les créanciers tardifs, v. infra, N 87. Le débiteur est entendu sur les créances produites. Son approbation de la créance produite vaut titre de mainlevée provisoire dans une poursuite subséquente (ZR 77 103). Sa contestation a deux conséquences:

- *Dans la phase de l'adhésion:* le juge du concordat doit déterminer si le créancier contesté peut voter: article 305 al. 3 LP (infra N 84).
- *Dans la phase de l'exécution:* en cas de concordat ordinaire, le juge doit assigner après l'homologation du concordat aux créanciers contestés par le débiteur un délai de vingt jours pour intenter action (article 315 LP). En cas de concordat par abandon d'actif, les règles sur la contestation de l'état de collocation s'appliquent (article 321 LP).

**55. L'assemblée des créanciers (article 302 LP).** Le commissaire convoque les créanciers à une assemblée qui peut avoir lieu au plus tôt un mois après la publication du sursis. Il présente un rapport sur la situation du débiteur et lui soumet le projet de concordat. Le débiteur doit être présent. Contrairement au droit de la faillite, l'assemblée des créanciers dans une procédure concordataire n'a aucun pouvoir décisionnel et n'est pas un organe de poursuite (Amonn/Walther, par. 54, N 60). Les créanciers peuvent déclarer leur adhésion lors de l'assemblée, mais également jusqu'à la décision d'homologation (article 305 LP). Les adhésions sont irrévocables (RVJ 1983, 343; Hardmeier, N 16). Par contre, un créancier peut adhérer à un concordat qu'il avait initialement refusé. Le refus du concordat n'est pas un acte de procédure irrévocable (v. par exemple RVJ 2001, 299, résumé des faits; ATF 95 III 60 c. 4). De même, une déclaration d'un créancier antérieure à l'assemblée des créanciers ne le lie pas (ZR 77, 100).

**56. Adhésions.** Les adhésions doivent être signées par leur auteur (article 302 al. 3 LP; Amonn/Walther, par. 54, N 67). Le silence vaut refus. Une adhésion tacite au concordat est exclue (ATF 106 III 34; Hardmeier, Art. 305, N 12; Jaeger, Art. 305, N 9). Les adhésions peuvent par contre être adressées indifféremment au commissaire, au débiteur ou au juge (Hardmeier, Art. 305, N 13). Le décompte doit être effectué par le juge du concordat sur la base du rapport du commissaire (article 304 al. 2 LP). La détermination du commissaire n'est cependant qu'indicative (LGVE 1983 I 48; SGGVP 1968, 48; PKG 1966, 43; Hardmeier, Art. 305, N 34; Fritzsche/Walder, par. 74, N 7 note 12).

**57. Majorité requise (article 305 LP).** Le concordat est accepté lorsqu'au moins une des deux majorités alternatives prévues par l'article 305 al. 1 LP est réalisée:

– Décompte par tête: majorité simple / Décompte par créance: au moins les deux tiers du montant total des créances à recouvrer;

ou:

– Décompte par tête: un quart des créancier / Décompte par créance: au moins les trois quarts du montant total des créances à recouvrer. Cette seconde majorité a été introduite dans la loi lors de la révision de 1997, pour tenir compte des situations où un débiteur a quelques créanciers principaux, et de très nombreux créanciers pour de faibles montants (Jaeger, Art. 305, N 4; Hunkeler, N 947).

**58. Créanciers pris en compte.** Les créanciers pris en considération pour ce double décompte sont ceux qui ont produit leur créance conformément à l'article 300 LP (LGVE 1983 I 48), dans la mesure où le concordat sera obligatoire à leur égard s'il est homologué (article 310 LP. v. par ailleurs la situation des différentes catégories de créanciers infra lit. C, N 79 ss). Les "créances à recouvrer" sont l'ensemble des créances produites, en capital et intérêts soumises au concordat (Jaeger, Art. 305, N 29).

- 59. Calcul de la majorité.** La majorité simple comprend la moitié des créanciers, plus un. L'égalité n'est pas suffisante pour emporter l'acceptation du concordat. Compte tenu de la locution « au moins » utilisée à l'article 305 LP, les fractions du décompte par tête doivent être ramenées au nombre entier supérieur (contra Jaeger, Art. 305, N 14).
- 60. Pluralité de créances** Le décompte par tête implique que chaque créancier n'ait qu'un vote, même s'il dispose d'une pluralité de créances contre le débiteur (Jaeger, Art. 305, N 15; Hardmeier, Art. 305, N 18). Il faut distinguer ce cas de celui où, dans le cadre de l'acceptation du concordat, un créancier a reçu une procuration d'un pool de créanciers. Dans ce cas, le représentant dispose d'une voix par créancier représenté (Hardmeier, Art. 305, N 19). Toute cession totale ou partielle de créance qui aurait lieu pendant le sursis dans le but d'augmenter le nombre de voix par tête est une fraude à la loi (ZBJV 1935, 81; Jaeger, Art. 305, N 12; Hardmeier, Art. 305, N 21).
- 61. Créanciers solidaires.** Les créanciers solidaires ne disposent que d'une seule voix, et leur créance n'est comptée qu'une seule fois dans le décompte. Leur décision doit donc s'exprimer conformément aux règles régissant leurs relations internes (Jaeger, Art. 305, N 11).
- 62. Créances en monnaie étrangère.** Les créances en monnaie étrangère doivent être prises en compte dans le décompte des voix pour leur valeur en francs suisses au jour de l'octroi du sursis concordataire (Jaeger, Art. 305, N 10; Hardmeier, Art. 305, N 20; ATF 50 II 30).v. également infra N 95.

## B. LE CONTRÔLE JUDICIAIRE

- 63. Rapport du commissaire (article 304 al. 1 LP).** Le commissaire au sursis transmet au juge un rapport comprenant toutes les pièces relatives au concordat, rendant compte des déclarations d'adhésion déjà reçues, et recommandant l'octroi ou le refus du concordat. Ce rapport doit intervenir avant l'expiration du sursis. A défaut, l'homologation ne peut avoir lieu (Vollmar, Art. 304 N 3; ATF 85 I 77; v. cependant l'opinion critique de Hirsch in: SJZ 1963 356) et les effets du sursis cessent (Hunkeler, N 803). Il s'agit d'un cas de faillite sans poursuite préalable du débiteur (infra N 107-108). Le rapport du commissaire n'est pas susceptible de plainte (ATF 60 III 115), mais un retard injustifié dans la remise du rapport peut faire l'objet d'une plainte en tout temps (article 17 al. 3 LP). L'autorité de surveillance peut prendre l'initiative de requérir une prolongation du sursis (article 295 al. 4 LP). Le juge n'est pas lié par le rapport du commissaire (SOG 1985 15; LGVE 1983 I 48).
- 64. Audience d'homologation (article 304 al. 2 et 3 LP).** La date et le lieu de l'audience doivent être publiés et les opposants convoqués, ainsi que le débiteur et le commissaire (Vollmar, Art. 304, N 9). Les créanciers gagistes

doivent également être convoqués si le débiteur a requis une suspension de la réalisation des gages (article 306a LP; Vollmar, Art. 304, N 9). La violation du droit d'être entendu des créanciers et du débiteur peut faire l'objet d'un recours de droit public au Tribunal fédéral (Fritzsche/ Walder, par. 74, N 3). Les créanciers qui ne comparaissent pas ou ne font pas valoir leur opposition lors de l'audience d'homologation perdent leur droit de recourir contre la décision d'homologation (article 307 LP, infra N 76). Les frais de procédure sont à la charge du débiteur en cas de concordat ordinaire, et de la masse en liquidation en cas de concordat par abandon d'actif (JT 1970 II 101).

**65. Conditions d'homologation (article 306 LP).** L'homologation d'un concordat ne peut avoir lieu qu'aux conditions objectives de l'article 306 LP (infra, N 70-73), auxquelles s'ajoutent les conditions générales du respect de la procédure concordataire (infra, N 67), de la légalité du concordat (infra N 68), et du contenu suffisant de l'offre concordataire (infra N 69). Bien que l'article 306 LP ne le précise pas, le juge doit bien entendu vérifier que l'une des deux majorités alternatives de l'article 305 LP est réalisée. Enfin, l'article 318 LP ajoute aux conditions de l'article 306 LP une condition de garantie du repreneur en cas de concordat par abandon d'actif avec repreneur (infra N 74).

**66. Pouvoir d'appréciation limité du juge.** Le juge du concordat est lié par les conditions de l'article 306 LP. Il a l'obligation d'homologuer le concordat si les conditions de l'article 306 LP sont remplies, il a l'interdiction de le faire si elles ne le sont pas (Hardmeier, Art. 306, N 3; Jaeger, Art. 306, N 30 et 31; SJ 1981 65, c. 2d; Extraits 1982-23, c. 3). En particulier, l'abandon dans le nouveau droit de la condition subjective du mérite du débiteur, ferme la porte à tout jugement de valeur qui sortirait du cadre strict de l'article 306 LP (Hunkeler, N 1013; Jaeger, Art. 306, N 3).

**67. Respect de la procédure de sursis concordataire.** Le juge doit vérifier que la procédure du sursis concordataire (articles 293 à 304 LP) a été respectée (Jaeger, Art. 306, N 29; SOG 1985, 15 c. 2). En particulier, les conditions de l'appel aux créanciers, et l'organisation de l'assemblée des créanciers, doivent être vérifiées par le juge sur la base des pièces qui lui sont remises par le commissaire (article 304 al. 1 LP). Si une plainte a été déposée contre les actes du commissaire, le juge doit se conformer à l'effet suspensif qui a pu être ordonné par l'autorité de surveillance, et ne pas prendre de décision sur l'homologation tant que droit n'est pas connu sur cette plainte (article 173 LP par analogie). Si une majorité de créanciers a adhéré au concordat en connaissance d'un vice de procédure, et si l'erreur de procédure n'est pas de nature à remettre en cause le décompte de l'article 305 LP, le juge du concordat peut cependant passer outre cette erreur et prononcer l'homologation du concordat (Jaeger, Art. 306, N 29). Dans le cas contraire, si le vice de procédure est réparable, le juge du concordat doit prolonger le sursis aux conditions de l'article 295 al. 4 LP pour que la procédure puisse être rectifiée (par exemple pour qu'une nouvelle assemblée des créanciers soit organisée).

- 68. *Légalité du concordat.*** Même si l'article 306 LP ne le prévoit pas expressément, il va de soi que le juge ne saurait homologuer un concordat illégal (sur l'illégalité d'un concordat prévoyant une diminution de capital sans que la procédure des articles 732 ss CO soit respectée v. SJ 1996 240, SJ 1979 647). Un concordat privilégiant sans motif certains créanciers au détriment des autres ne saurait être homologué, car il constituerait une violation du principe de l'égalité de traitement et serait donc illégal. Si la loi n'en dispose autrement (à travers les privilèges légaux), les clauses du concordat ne peuvent porter atteinte au droit qu'ont les créanciers de recevoir un dividende égal (ATF 5P.164/ 2003/ frs du 29 octobre 2003, cons. 4.6; ATF 123 III 60; ATF 105 III 84 ss; ATF 111 III 86; plus nuancés, Jaeger, Art. 312, N 6; Fritzsche/Walder II, par. 74, N 14).
- 69. *Contenu suffisant du concordat.*** Un concordat ne peut être homologué que s'il contient les indications nécessaires prévues par la loi (ATF 5P.164/ 2003/ frs du 29 octobre 2003, cons. 4). Ces indications sont mentionnées à l'article 314 LP pour ce qui est des concordats ordinaires, et à l'article 318 LP pour ce qui est des concordats par abandon d'actif. Un concordat qui n'indique pas de quelle manière l'exécution est garantie est irrecevable (art. 314 al. 1 LP; Jaeger, Art. 306, N 24).
- 70. *Proportionnalité entre l'offre du débiteur et ses ressources (art. 306 al. 2 ch. 1 LP).*** Le juge doit vérifier que les créanciers qui n'ont pas adhéré au concordat ne sont pas lésés par une offre qui n'implique pas un sacrifice suffisant pour le débiteur (Hunkeler, N 1001; Amonn/Walther, par. 54, N 75; ZR 82, N 51). Cette condition est réalisée par le transfert de l'intégralité des actifs du débiteur en cas de concordat par abandon d'actif (ATF 5P.164/ 2003/ frs du 29 octobre 2003, c. 4.3). Les ressources du débiteur comprennent l'ensemble de ses biens qui constituerait la masse active de la faillite au sens de l'article 197 al. 1 LP. Les actifs du débiteur situés à l'étranger doivent être pris en compte dans l'évaluation de ses ressources (Jaeger, Art. 306, N 16; Hardmeier, Art. 306, N 10). Il en va de même des revenus ou profits futurs du débiteur (SJ 1995 221; Jaeger, Art. 306, N 13) et de ses expectatives atteignant un niveau de certitude. Ainsi, les expectatives successorales devant être prises en compte ne sont que les réserves, ou la part successorale prévue dans un pacte successoral (Jaeger, Art. 306, N 17; SJ 1995 221). Le soutien de tiers doit également être pris en considération, notamment lorsque ce soutien résulte d'une obligation légale (Jaeger, art. 306, N 14, Hardmeier, Art. 306, N 15; Fritzsche/Walder, par. 74, N 10). Lorsque le débiteur est une société en nom collectif, le juge doit tenir compte, dans l'examen des ressources du débiteur, des possibilités des associés. Ceux-ci sont en effet libérés par l'homologation du concordat (SJ 1995, 221).
- 71. *Garantie du paiement intégral des créances privilégiées, et des créances nées pendant le sursis avec l'accord du commissaire (article 306 al. 2 ch. 2 LP).*** La garantie requise peut prendre diverses formes. Aucune règle coutumière

n'existe en la matière (ZR 95 81). En cas de concordat par abandon d'actif, la valeur des actifs abandonnés doit couvrir au minimum la somme de ces créances (Hunkeler, N 1007; ATF 95 III 68 c. 5 (sur un cas de concordat bancaire); SJZ 64, N 85). En cas de concordat dividende, la garantie peut prendre la forme d'un dépôt bancaire sur un compte bloqué, d'un cautionnement d'un tiers, d'une garantie bancaire, de garanties réelles. La capacité de travail du débiteur, ou le fait que le débiteur soit au bénéfice d'une reconnaissance de dette, ne constituent cependant pas une garantie suffisante (Jaeger, Art. 306, N 43). Les créanciers privilégiés, ou les créanciers dont la créance est née pendant le sursis, peuvent renoncer à la garantie. Cette renonciation doit être distinguée d'une renonciation au privilège (Jaeger, Art. 306, N 44; infra N 80). Chaque renonciation doit faire l'objet d'une déclaration individuelle (Hunkeler, N 1003; Jaeger, Art. 306, N 42).

**72. Garantie de l'exécution du concordat (art. 306 al. 2 ch. 2 LP).** Cette condition posée à l'article 306 al. 2 ch. 2 LP est exprimée de façon générale, mais ne concerne en fait que les concordats ordinaires. En cas de concordat par abandon d'actif, la garantie de l'exécution du concordat s'épuise dans le transfert des actifs, qui a lieu dès l'homologation (article 319 LP; RVJ 1983 343-352; Hunkeler, N 1006; Jaeger, Art. 306, N 27; ATF 5P.164/ 2003/ frs du 29 octobre 2003, cons 4.5). En cas de concordat par abandon d'actif avec reprise par un tiers, la garantie d'exécution de la cession par le tiers (art. 318 al. 1 ch. 3 LP) se substitue à la garantie du débiteur (Amonn/Walther, par. 54, N 77, infra N 74). La garantie d'exécution est une condition matérielle de l'homologation, qui s'impose même si tous les créanciers ont adhéré au concordat (Extraits 1982-23, cons. 3). Elle doit porter sur la totalité des prestations promises par le débiteur. Une garantie partielle ne suffit pas (Extraits 1982-23, Extraits 1981-45, JT 1965 II 61). Tous les créanciers pour lesquels le concordat aura force obligatoire bénéficient de cette garantie d'exécution (article 310 LP; Hardmeier, Art. 306, N 20). La garantie d'exécution peut prendre diverses formes. Aucun usage ne s'impose en la matière (ZR 95 81): dépôt bancaire sur un compte bloqué, cautionnement d'un tiers, garantie bancaire (SJ 1970 105), garanties réelles, mesures de surveillance mises à la charge du commissaire ou d'un tiers (article 314 al. 2 LP) sont des garanties usuelles. Une garantie constituée par la cession du salaire futur du débiteur est douteuse si celui-ci n'a pas d'emploi stable (JdT 1970 II 19, c. 4). La simple capacité de travail du débiteur ne constitue pas une garantie d'exécution suffisante (BJM 1976 286). Chaque créancier peut renoncer à la garantie. Cette renonciation est sans effet pour les autres créanciers (SOG 1985 15; Extraits 1982-23). Elle ne peut leur être imposée par un vote à la majorité (Jaeger, Art. 306, N 42; JdT 1965 II 61; Extraits 1981-45; JdT 1970 II 19).

**73. Bénéfice du concordat (article 306 al. 2 ch. 1bis LP).** La condition selon laquelle le concordat doit avoir un résultat préférable à la faillite est expressément limitée au cas du concordat par abandon d'actif. L'examen de cette condition par le juge du concordat, sur la base du rapport du commissaire

(ATF 5P.164/ 2003/ frs du 29 octobre 2003, cons. 4.4), implique une comparaison des modes de liquidation prévus par les articles 322 à 325 LP (procédure concordataire), et par les articles 256 à 260 LP (faillite). L'examen du juge ne peut dépasser le stade de la vraisemblance (Jaeger, Art. 306, N 18; Hunkeler, N 1023). Le doute profite au concordat (ATF 106 III 34; ATF 95 III 60). Le juge doit se baser sur l'avis des commissaires (RFJ-FZR 1999 277 ) et des créanciers (JdT 95 III 60). Il doit tenir compte dans son examen des modalités d'adhésion au concordat (art. 305 LP): si le concordat a été accepté par le quart des créanciers représentant les trois quarts des créances à recouvrer, les créanciers n'ayant pas adhéré au concordat doivent être protégés par une application stricte de l'article 306 al. 2 ch. 1 bis LP. En effet dans ce cas, les décisions de liquidation dans le cadre de la faillite seraient soumises à des règles de majorité très différentes (art. 235 al. 4 LP). Lorsqu'au contraire le concordat a été accepté par la majorité des créanciers comptés par tête, il paraît hasardeux de considérer que cette majorité se prononcerait différemment sur les modes de liquidation en cas de faillite (v. ATF 5P.164/ 2003/ frs du 29 octobre 2003, cons. 4.4, v également ATF 93 III 60 c. 6a).

**74. Garantie du repreneur (article 318 al. 1 ch. 3 LP).** En cas de concordat par abandon d'actif avec repreneur (article 317 al. 1 LP), la garantie du repreneur est une condition d'homologation du concordat (Amonn/Walther, 2003, par. 54, N 77). Elle peut consister en un dépôt du prix d'acquisition des actifs sur un compte bloqué, ou en une garantie bancaire (Winkelmann/ Levy/ Jeanneret/ Birchler, Art. 318, N 32).

**75. Complètement du concordat (article 306 al. 3 LP).** Le juge peut compléter d'office tous les types de concordat (Hunkeler, N 1036; Jaeger, Art. 306, N 47) sur des points secondaires, comme les garanties d'exécution, les mesures de surveillance, de gestion ou de liquidation, et les modalités de liquidation et de publication. Le juge peut également clarifier des clauses ambiguës (Hadmeier, Art. 306, N 27; Hunkeler, N 1038 et 1048). Il n'a cependant pas le pouvoir de modifier les éléments essentiels du concordat (en particulier l'étendue de la renonciation par les créanciers). Il ne saurait en effet se substituer aux créanciers, dont l'adhésion doit porter sur ces éléments essentiels (art. 2 CO; Hardmeier, Art. 306, N 27).

**76. Recours contre la décision d'homologation (article 307 LP).** La décision d'homologation peut faire l'objet d'un recours devant l'autorité cantonale supérieure dans les dix jours (article 307 LP), puis d'un recours de droit public au Tribunal fédéral (Fritzsche/ Walder, par 74, N 23 sur la qualité pour recourir, v. ATF 129 III 758). Ont qualité pour recourir le débiteur (Jaeger, Art. 307, N 3), et les créanciers pour lesquels le concordat sera obligatoire (article 310 LP) s'ils ont comparu à l'audience d'homologation, et fait valoir leurs objections conformément à l'article 304 al. 3 LP (Jaeger, Art. 307, N 6 et 7, Hunkeler, N 1072; ATF 122 III 398; RVJ 1971 59; REP 1967 291). La procédure de recours est la procédure sommaire réglée par le droit cantonal

(art. 25 ch. 2 let a LP). La date et le lieu de l'audience doivent être annoncés par voie de publication. Les opposants au recours doivent être informés qu'ils peuvent s'y présenter pour faire valoir leur moyen d'opposition au recours (article 304 al. 3 LP par analogie) (Jaeger, Art. 307, N 14; contra Hardmeier, Art. 307, N 12). Les créanciers gagistes ne peuvent recourir contre la décision d'homologation que si un découvert est prévu selon l'estimation du gage (art. 299 LP). Les créanciers gagistes dont la réalisation du gage a été suspendue (art. 306a LP, infra N 81) peuvent recourir en outre contre la décision de suspension de la réalisation.

**77. Publication (article 308 LP).** Le jugement d'homologation doit être rendu public par une publication au sens de l'article 35 LP (Jaeger, Art. 308, N 7). La décision doit être publiée même si elle est une décision de refus d'homologation (Jaeger, Art. 308, N 4). La publication du jugement d'homologation n'a pas lieu en cas de concordat en cours de faillite au sens de l'article 332 LP (art. 332 al. 2 LP a contrario et Jaeger, Art. 308, N 8). La publication de révocation de la faillite (art. 195 al. 3 LP) s'y substitue. La publication fait cesser les effets du sursis (art. 308 al. 2 LP), même si le délai du sursis n'a pas encore expiré. Les effets du concordat s'y substituent en cas d'homologation (Jaeger, Art. 308, N 10).

**78. Communications (article 308 LP).** La décision d'homologation doit en outre être communiquée à l'office des poursuites et au registre foncier. Si un concordat par abandon d'actif est homologué, cette décision doit faire l'objet d'une mention au registre foncier (art. 80 al. 9 ORF; v. également article 176 al. 2 LP). La mention du sursis concordataire au registre foncier (296 LP et 80 al. 9 ORF) doit au contraire être radiée, dès que la décision d'homologation est exécutoire, et quelle qu'en soit la teneur. Une communication au registre du commerce n'a lieu que si le débiteur y est inscrit, et uniquement en cas d'homologation d'un concordat par abandon d'actif (article 64 al. 2 ORC). En cas d'homologation d'un concordat en cours de faillite au sens de l'article 332 LP, la révocation de la faillite qui en découle (article. 195 LP) doit également être communiquée au registre du commerce (art. 65 ORC).

### C. DES DIVERS CRÉANCIERS: CASUISTIQUE

**79. Principe général (article 310 LP).** Les créanciers qui peuvent voter sont ceux pour lesquels le concordat sera obligatoire. Le concordat est obligatoire pour tous les créanciers dont la créance a une cause antérieure à la publication du sursis, et pour les créanciers dont la créance est née durant le sursis, sans l'accord du commissaire. Ce principe général doit être affiné selon la casuistique qui suit.

#### **80. Créanciers privilégiés.**

– **Vote.** Les créanciers privilégiés (article 219 al. 4 LP) ne prennent pas part au

vote (article 305 al. 2 LP). Le créancier privilégié qui renonce à son privilège se voit cependant restituer ipso jure le droit de vote par tête et par créance (Jaeger, Art. 305, N 24; Hardmeier, Art. 305, N 26).

- *Effet du concordat.* Le concordat doit prévoir le paiement intégral des créanciers privilégiés pour pouvoir être homologué (306 al. 2 ch. 2 LP, supra N 71). Les créances privilégiées non produites avant l'homologation, ou dont le privilège n'est pas revendiqué par le créancier, sont soumises au régime des créances ordinaires (Hardmeier, Art. 310, N 9; Hunkeler, N 899). Après l'homologation du concordat, les poursuites des créanciers privilégiés peuvent reprendre si le débiteur ne les paie pas intégralement (ATF 83 III 116; v. également article 329 al. 2 LP).
- *Contestation du privilège.* Lorsque le privilège attaché à une créance est contesté ou douteux, le juge du concordat doit déterminer la participation au vote du créancier concerné selon les principes applicables aux créances contestées (infra N 84), c'est à dire sur la base d'une analyse limitée à la vraisemblance. L'existence du privilège doit ensuite être tranchée dans le cadre d'une procédure au fond (article 315 LP ou 321 LP). Les contestations relatives à l'existence d'un privilège impliquent que le montant de la créance soit consigné jusqu'à droit connu sur cette question, les règles sur les créances contestées s'appliquant par analogie. Sur le droit transitoire en cas de modification de l'article 219 al. 4 LP, v. ATF 125 III 154).

### **81. Créanciers garantis par un gage sur un bien appartenant au débiteur.**

- *Vote.* Les créanciers gagistes ne participent pas au vote, sauf pour la partie de leur créance non couverte par leur gage (article 305 al. 2 LP). Le créancier gagiste qui n'a aucune action personnelle contre le débiteur (articles 847 al. 3 CC; 910 al. 2 CC) est exclu du vote, même pour le découvert (Jaeger, Art. 305, N 27). Il appartient au commissaire d'estimer la valeur du gage et donc l'éventuel découvert (articles 305 al. 2 et 299 al. 2 LP). L'estimation du découvert doit être faite selon la valeur vénale du gage et non à sa valeur d'exploitation (ATF 107 III 40; Jaeger, Art. 305, N 32). Tout intéressé peut demander une nouvelle estimation des gages au juge du concordat dans les dix jours dès la communication de la décision du commissaire relative au gage (art. 299 LP). Lorsque le créancier gagiste a accepté l'estimation du gage, il ne peut plus revendiquer un droit de vote basé sur un découvert différent, ni se voir imposer une estimation différente par le juge du concordat (ATF 28 II 570; Jaeger, Art. 305, N 30).
- *Effet du concordat.* Le concordat n'est pas obligatoire pour les créanciers gagistes, en ce qui concerne la part de leur créance couverte par le gage (article 310 al. 1 LP; PKG 1990 29). En particulier, cette partie de leur créance n'est pas réduite au dividende promis. Les créanciers gagistes sont soumis au concordat pour le solde non couvert par le gage de leur créance. Le dividende concordataire déterminé selon l'estimation du gage (article 299 LP) doit être consigné tant que le solde non couvert de la créance n'est pas définitivement connu.

- *Réalisation des gages.* La réalisation des gages, suspendue pendant le sursis (supra N 39), peut avoir lieu dès l'homologation, dans la mesure où elle a déjà été requise par les créanciers gagistes. Les créanciers gagistes qui n'avaient pas encore requis la réalisation du gage avant l'homologation du concordat peuvent le faire (PKG 1990 29; SJZ 74 24) dans la mesure où ils sont encore dans les délais de l'article 154 LP, qui n'ont pas été suspendus par le sursis concordataire (supra, N 41).
- *Suspension de la réalisation des gages immobiliers (article 306a LP).* Le juge du concordat peut prolonger la suspension de la réalisation du gage pendant une année après l'homologation. L'article 306a LP ne s'applique pas à notre avis qu'en cas de concordat ordinaire ou mixte (supra N 4), et non en cas de concordat par abandon d'actif: si les immeubles du débiteur sont transférés à un tiers ou aux créanciers, peu importe que l'immeuble soit « *nécessaire au débiteur pour l'exploitation de son entreprise* » au sens de l'article 306a LP (Dans ce sens Amonn/Walther, par. 55, N 13 in fine; contra Jeanneret, Cavadini-Birschler, in SJ 1999 II 195, p. 217). Le juge ne peut ordonner la suspension de la réalisation d'un gage que s'il est saisi par une requête du débiteur, si les intérêts hypothécaires ne sont pas restés impayés pendant plus d'une année, et si le débiteur rend vraisemblable que l'immeuble lui est nécessaire pour la continuation de son entreprise, et que la réalisation risquerait de compromettre sa situation matérielle.
- *Garanties analogues au droit de gage.* Le créancier qui bénéficie d'une cession aux fins de garantie doit être considéré comme un créancier gagiste dans la procédure concordataire (RJN 1987 282). Tel doit également être le cas de tous les créanciers au bénéfice d'un droit équivalent à un droit de gage, comme une réserve de propriété (Circulaire N 29 du Tribunal fédéral du 31 mars 1911; LGVE 1975 I 267; sur le cas d'une réserve de propriété convenue avant l'homologation du concordat, mais inscrite après, v. RSJ 71 (1975) 166).

## **82. Créanciers garantis par un gage sur un bien appartenant à un tiers.**

- *Vote.* La créance et le créancier gagiste doivent être comptés pour la totalité de la créance dans le décompte de la double majorité de l'article 305 LP. Le gage est mentionné par le commissaire (RVJ 2001 299; ARGVP 1976 34). L'article 61 OAOF s'applique par analogie (Hunkeler, N 955ss; Hardmeier, Art. 305, N 30; RVJ 2001 299). Le créancier ne peut adhérer au concordat sans suivre la procédure de l'article 303 LP et obtenir l'accord du tiers propriétaire du gage, au risque de perdre ses droits contre ce dernier (RVJ 2001, 299; infra, N 83).
- *Effet du concordat.* Les créances garanties par un droit de gage sur un bien appartenant à un tiers sont soumises au concordat selon la procédure de l'article 61 OAOF (RVJ 2001 299; Hardmeier, Art. 310, N 11). L'effet obligatoire du concordat s'étend au solde de la créance non couvert par le gage, et au droit de recours du tiers contre le débiteur, même si ce droit de recours ne naît qu'après la publication du sursis. L'article 217 al. 3 LP s'applique par analogie si le créancier gagiste n'a pas été totalement désintéressé par la

réalisation du gage et s'il produit le solde de sa créance dans le concordat (ATF 110 III 112; Jaeger, Art. 305, N 35; Marchand, La poursuite contre des coobligés, Festschrift für Heinz Rey, Schulthess 2003, p. 248 ss, 263).

- *Suspension de la réalisation.* Par définition, le bien n'est pas nécessaire à la continuation de l'entreprise du débiteur, et sa réalisation ne risque pas de compromettre sa situation matérielle, puisqu'il ne lui appartient pas. Le juge ne peut donc suspendre la réalisation du gage au sens de l'article 306a LP.

### 83. Créanciers pouvant poursuivre des coobligés du débiteur.

- *Vote.* Le créancier qui veut adhérer au concordat doit informer les coobligés dix jours à l'avance du jour et du lieu de l'assemblée, et leur offrir de leur céder ses droits contre paiement, ou de s'en remettre à leur décision. A défaut, il perd ses droits excédant le dividende concordataire contre les coobligés (article 303 LP; ATF 121 III 191). Si le créancier principal a cédé ses droits aux coobligés (article 303 al. 2 LP), ces derniers sont pris en compte dans le décompte en lieu et place du créancier (Jaeger, Art. 305, N 18 ). Ils font valoir la créance ou la fraction de créance qui leur a été cédée, et ne représentent donc collectivement qu'une voix dans le décompte par tête. Par contre, si les coobligés ont payé le créancier principal avant la publication du sursis, ils peuvent produire leur droit de recours dans la procédure concordataire indépendamment de la procédure de l'article 303 LP, et doivent donc être comptés chacun pour une voix dans le décompte par tête. Le créancier peut refuser le concordat sans consulter les coobligés (article 303 al. 1 LP a contrario). Si une partie seulement de la créance est couverte par une garantie, le créancier peut se déterminer librement pour la part non garantie de sa créance, et suivre la procédure de l'article 303 LP pour la part garantie (ATF 59 III 145).
- *Effet du concordat pour le créancier principal et les coobligés.* Le créancier pour la créance principale, et les coobligés du débiteur à raison de leur droit de recours sont soumis au concordat (Hardmeier, Art. 310, N 15), si la créance principale a une cause antérieure au sursis concordataire, et même si le droit de recours naît après la publication du sursis ou l'homologation du concordat.
- *Application des articles 216 et 217 LP.* Lorsque les coobligés ont payé un acompte au créancier principal, l'article 217 LP s'applique par analogie. Si ces coobligés sont en faillite ou bénéficient d'un concordat, l'article 216 LP s'applique par analogie (Hardmeier, Art. 310, N 14; Marchand, La poursuite contre des coobligés, Festschrift für Heinz Rey, Schulthess 2003, p. 248 ss, 263). Pour l'application par analogie des articles 216 LP, et 217 LP, la « masse en faillite », mentionnée par ces dispositions, doit être remplacée par le débiteur en cas de concordat ordinaire, ou par les créanciers représentés par les liquidateurs en cas de concordat par abandon d'actif.
- *Cas particulier d'une créance contre une société en nom collectif.* L'homologation d'un concordat en faveur d'une société en nom collectif libère les

associés (v. article 568 CO; ATF 109 III 128; Fritzsche/Walder, par. 75 note 29). L'article 303 LP n'est pas applicable aux associés, en raison de leur double fonction d'organe de la société et de coobligés subsidiaires (ATF 109 III 128). La même logique devrait s'appliquer au cas de la société en commandite (v. article 604 CO). En cas de faillite de l'un des associés, l'article 218 LP s'applique par analogie (Sur le cas où l'associé a constitué un droit de gage pour garantir la dette de la société, v. PKG 1988 - 10).

- *Renaissance des droits contre les coobligés*: si la demande de concordat est retirée, le créancier qui y avait adhéré sans respecter la procédure de l'article 303 LP retrouve ses droits contre les coobligés (ATF 121 III 191).

#### **84. Créanciers dont la créance est contestée, conditionnelle, ou à terme incertain.**

- *Vote*. Le juge du concordat peut exclure du vote les créances contestées, soumises à condition suspensive ou à un terme incertain (article 305 al. 3 LP). Il doit se baser sur une estimation de la probabilité de confirmation ou de réalisation de la créance. Son examen s'arrête donc au niveau de la vraisemblance (Jaeger, Art. 305, N 47; Fritzsche/Walder, par. 74, N 7 in fine, LGVE 1983 I 48; RBOG 1970 6). La recommandation du commissaire à ce sujet ne lie pas le juge, même si elle est souvent déterminante (LGVE 1983 I 48). La décision ne préjuge en rien de l'existence de la créance, telle qu'elle pourra résulter des jugements rendus dans le cadre de l'article 315 LP ou 321 LP (Hunkeler, N 961, Amonn/Walther, par. 54, N 66). La réserve de l'article 305 al. 3 LP n'implique cependant pas que le concordat, une fois homologué, puisse être remis en cause par un créancier écarté du vote dont la créance aurait finalement été reconnue. Les créances contestées au sens de l'article 305 LP sont en premier lieu les créances contestées par le débiteur (supra N 54). Il nous paraît cependant excessif d'exclure que le juge puisse, en application de l'article 305 al. 3 LP, écarter du vote des créances admises par le débiteur mais contestées par le ou les autres créanciers (une telle exclusion d'office a été retenue par les tribunaux cantonaux: LGVE 1983 I 48; également Jaeger, Art. 305, N 45).
- *Effet du concordat*. Le concordat est obligatoire pour les créances contestées, conditionnelles ou soumises à un terme incertain, même si le terme ou la condition survient, ou si la contestation est écartée par la voie judiciaire, après l'homologation du concordat (Hardmeier, Art. 310, N 5; SJZ 1971 313; BISchK 1976, 61). Les dividendes afférant à ces créances doivent être consignés jusqu'à droit connu. Le débiteur doit garantir l'exécution du concordat pour les créances conditionnelles, soumises à un terme incertain ou contestées (RBOG 1970-6). Dans ce cas, le dépôt du dividende à la caisse des dépôts et consignation peut être ordonné par le juge du concordat (article 315 al. 2 LP).
- *Cas du cautionnement du débiteur*. Les créances découlant d'un cautionnement du débiteur doivent être considérées comme des créances conditionnelles, ce qui implique une décision du juge du concordat sur leur prise en compte dans la double majorité de l'article 305 LP. Si le débiteur-caution a

garanti son obligation par un gage, le créancier est exclu du vote pour le montant couvert par le gage (BJM 1965 144 = BISchK 31/ 1967 p. 24, N 9). Les créances découlant d'un cautionnement du débiteur sont soumises au concordat, l'article 215 LP s'appliquant par analogie.

#### **85. Conjoint du débiteur et autres proches.**

- *Vote.* Le conjoint du débiteur est exclu du vote (article 305 al. 2 LP). Il ne peut contourner cette interdiction de vote par une cession de créance en faveur d'un tiers (Jaeger, Art. 305, N 26). Par contre, d'autres proches, membres de la famille (v. LGVE 1983 I 48 sur le cas du fils du débiteur) ou partenaires commerciaux (ZR 79 18, sur le cas de l'actionnaire majoritaire du débiteur), ne sont pas exclus du vote. De même, Le conjoint de l'actionnaire majoritaire d'une société en sursis concordataire n'est pas exclu du vote (Hunkeler, N 952, 953). Le juge du concordat peut cependant, en vertu du principe de la bonne foi, exclure du vote un créancier dont les motivations personnelles sont manifestement contraires à l'intérêt des créanciers, en particulier lorsque ce créancier a des rapports étroits avec le débiteur (ZR 79 18; Hardmeier, Art. 305, N 28).
- *Effet du concordat.* Le conjoint du débiteur et les autres proches du débiteur sont soumis au concordat pour leurs créances chirographaires dont la cause est antérieure à la publication du sursis.

#### **86. Créanciers dont la créance n'est pas exigible.**

- *Vote.* Les créances non encore exigibles au moment du décompte des voix doivent néanmoins être prises en compte dans la mesure où elles ont été produites (JdT 1973 II 35).
- *Effet du concordat.* Le concordat est obligatoire pour les créances non exigibles, dont la cause est antérieure à la publication du sursis. Il ne les rend pas exigibles en cas de concordat ordinaire. L'article 208 LP s'applique par analogie en cas de concordat par abandon d'actif (Amonn/Walther, par. 54, N 35). Le montant du dividende afférant à ces créances doit être consigné par l'Office des poursuites jusqu'à la date d'exigibilité.

#### **87. Créancier n'ayant pas produit, ou produit tardivement sa créance dans la procédure.**

- *Vote.* Les créanciers tardifs, dont les créances n'ont pas été produites dans le délai de l'article 300 LP, peuvent être exclus du vote par le juge du concordat (LGVE 1983 I 48; Jaeger, Art. 305, N 6; Hunkeler, N 949; Hardmeier, Art. 305, N 24).
- *Effet du concordat.* Le concordat est obligatoire pour les créanciers tardifs ou absents, c'est-à-dire les créanciers qui ont produit leur créance tardivement (hors du délai de l'article 300 LP), qui n'ont pas produit leur créance, ou qui n'ont pas participé aux délibérations (Hardmeier, Art. 310, N 5; Jaeger, Art. 310, N 8; REP 1999 308; REP 1969 146). Les créances produites tardivement

bénéficiaire de la garantie, même si les créanciers ont été exclus des délibérations relatives au concordat (Hardmeier, Art. 306, N 20, SOG 1985 15, RVJ 1982 248; ATF 69 III 22; contra Hunkeler, N 891).

#### **88. Créanciers ayant fait une déclaration de postposition.**

- *Vote.* Les créanciers ayant fait une déclaration de postposition au sens de l'article 725 CO doivent être exclus du vote (Jaeger, Art. 305, N 48; Hunkeler, N 963ss; 971 contra Hardmeier, Art. 305, N 28). Lorsqu'une contestation survient sur la déclaration de postposition elle-même, le juge doit appliquer les principes relatifs aux créances contestées (supra N 84) et limiter son examen au niveau de la vraisemblance.
- *Effet du concordat.* Les créanciers post-posés sont soumis au concordat. A notre avis, ils ne bénéficient cependant pas de la garantie d'exécution de l'article 306 LP: le fait que le débiteur ne soit pas en mesure de garantir le paiement de ces créances ne devrait pas empêcher les autres créanciers de bénéficier du concordat. Cela ne correspondrait pas à l'engagement des créanciers post-positionnés de ne pas entrer en concours avec les autres créanciers en cas de procédure collective de recouvrement. En cas de concordat par abandon d'actif, les créanciers post-positionnés sont désintéressés après les créanciers chirographaires, comme en cas de faillite.

#### **89. Créanciers dont la créance n'est pas pécuniaire.**

- *Vote.* Dans la mesure où le débiteur n'exécute pas le contrat sous la surveillance du commissaire en application de l'article 298 LP, les créances non pécuniaires doivent être converties en créances pécuniaires, à la valeur de la prestation au jour de l'octroi du sursis (pour l'application de l'article 211 LP dans le cadre du concordat: Jaeger, Art. 300, N 10; Dallèves SAS 1982, p. 116 ss; contra Hardmeier, Art. 305, N 23; ATF 50 II 32). Les créanciers concernés doivent donc participer à concurrence de cette valeur à la procédure d'adhésion.
- *Effet du concordat.* Le concordat est obligatoire pour les créances non pécuniaires converties en créances pécuniaires en application de l'article 211 LP (Dallèves, SAS 1982, p. 116 concernant les concordats par abandon d'actif, et p. 121 concernant les concordats ordinaires; contra Hardmeier, Art. 310, N 7. Le droit allemand autorise une telle conversion: par 34 et 50 de la Vergleichsordnung du 26.2.1935, cité par Dallèves, note 29; favorable à une telle conversion en cas de concordat par abandon d'actif: Amonn/Walther, par 55, N 33). Bien que l'application de cette disposition dans le cadre d'un concordat soit contestée, il nous semble qu'il n'y a pas de raison de priver un débiteur qui ne peut pleinement honorer ses dettes non pécuniaires des possibilités d'assainissement qu'implique l'alternative concordataire. Il est par ailleurs arbitraire de soustraire ces créanciers à l'effet obligatoire du concordat, et d'y soumettre ceux qui ont converti avant la publication du sursis leur créance matérielle en créance de dommages et intérêts par la voie d'une mise en demeure (article 107 CO). Enfin, il serait absurde que le débiteur soit mis en

faillite pour ses dettes non pécuniaires peu après l'homologation du concordat.

**90. Créanciers de prestations périodiques.** Les créances périodiques sont soumises au concordat uniquement pour les prestations dont la cause est antérieure à la publication du sursis concordataire (Hardmeier, Art. 310, N 7; Jaeger, Art. 310, N 9; Fritzsche/Walder, par. 75, N 7). Les créanciers concernés n'ont donc le droit de vote qu'en rapport avec ces prestations. Pour les prestations dont la cause est née durant le sursis, il convient de déterminer si la créance est née avec l'accord du commissaire ou non (infra, N 92-93).

**91. Créances de l'Etat.** Les créances fiscales, y compris les pénalités fiscales, sont soumises au concordat, dans la mesure où la décision de taxation définitive est intervenue avant publication du sursis concordataire (Hardmeier, Art. 310, N 6; Fritzsche/Walder, par 75, N 7; ASA 50, 426; LGVE 1984; I 35. Sur les créances fiscales relatives aux activités du débiteur pendant le sursis, v. infra N 92). Par contre, les créances de l'Etat découlant d'amendes infligées au débiteur ne sont pas soumises au concordat (Hardmeier, Art. 310, N 6; Fritzsche/Walder, par. 75, N 7 ATF 22 226; v. article 49 CP).

**92. Créanciers dont la créance est née pendant le sursis avec l'accord du commissaire ou du juge**

- *Vote.* les créances contractées pendant le sursis avec l'accord du commissaire, ou contractées par le commissaire dans les limites de son pouvoir de décision ou de représentation (article 298 al. 1 LP), ou avec l'accord du juge (article 298 al. 2 LP), ne sont pas prises en compte dans la double majorité de l'article 305 LP (Jaeger, Art. 305, N 23).
- *Effet du concordat.* Les créances nées pendant le sursis avec l'accord du commissaire, ou contractées par le commissaire dans les limites de son pouvoir de décision ou de représentation bénéficient d'une garantie de paiement intégral (art. 306 al. 2 ch. 2 LP, supra, N 71). En cas de faillite subséquente, ces dettes sont des dettes de la masse, payées en priorité sur les créanciers de la masse passive (article 310 al. 2 LP et article 262 LP). Cette règle s'applique également a fortiori aux créances qui sont nées pendant le sursis avec l'accord du juge, au sens de l'article 298 al. 2 LP.
- *Approbation implicite du commissaire.* Les créances découlant de la continuation de ses activités par le débiteur (dettes périodiques découlant de la continuation des contrats, dettes fiscale ou sociales) doivent être considérées comme des créances nées avec l'accord du commissaire, même si cela n'a pas été expressément le cas (v. Arroyo, p. 254; ATF 126 III 294 concernant la TVA pour des travaux effectués pendant le sursis, ATF 100 III 30 et H 38 / 01 Mh du 17 janvier 2002 pour des montants dus à des institutions de prévoyance à partir de la date du sursis). De même, les honoraires du commissaire (Jaeger Art. 310, N 42; Hardmeier, Art. 310, N 21) et les frais de procédure (ATF 63 III 91 c. 1) doivent-ils être considérés comme des

dettes nées avec l'accord du commissaire (pour plus de détails, v. Arroyo, p. 261 ss).

**93. Créanciers dont la créance est née pendant le sursis sans l'accord du commissaire.**

- *Vote.* Les créanciers dont la créance est née après l'approbation du sursis mais sans l'accord (expresse ou tacite) du commissaire doivent être pris en compte dans le décompte par tête et par créance de l'article 305 LP.
- *Effet du concordat.* Les créances nées pendant le sursis sans l'accord du commissaire sont soumises à l'effet obligatoire du concordat (art. 310 al. 1 LP). Cette règle implique que ces créances soient valables, et opposables aux autres créanciers (Amon/Walther, par. 54, N 44).

**94. Créanciers dont la créance est née pendant le sursis en violation d'une restriction du pouvoir de disposer du débiteur.**

- *Principe.* Les créances nées pendant le sursis en rapport avec les opérations mentionnées à l'article 298 al. 2 LP sans autorisation du juge, ou en violation d'une restriction du droit d'aliéner du débiteur prononcée par le juge (supra N 51) sont inopposables aux autres créanciers, mais pas nulles de plein droit (Vollmar, Art. 298, N 14; supra, N 52).
- *Vote.* Ces créanciers ne doivent pas être pris en compte dans le décompte par tête et par créance de l'article 305 LP, puisque ces créances ne sont pas opposables aux autres créanciers.
- *Effet du concordat.* Ces créances ne doivent pas bénéficier du concordat (Amonn/Walther, par. 54, N 42; Stoffel, p. 352, N 89) et ne font donc pas l'objet d'une garantie d'exécution au sens de l'article 306 LP. Sur le fond, la doctrine actuelle considère que ces créanciers sont exclus du concordat et n'ont droit ni au dividende concordataire, ni à une collocation dans le concordat par abandon d'actif (Vollmar, Art. 298, N 14; Amonn/Walther, par. 54 N 42). Cette solution ne prend pas en compte le sort de l'éventuelle contre-prestation du tiers. A notre avis il faut distinguer selon le type de concordat. En cas de concordat par abandon d'actif ou de faillite subséquente, l'article 204 LP doit s'appliquer par analogie (dans ce sens Stoffel, p. 352, N 89; Amonn/Walther, par. 54, N 42). Les liquidateurs peuvent soit restituer la contre-prestation du tiers et revendiquer l'actif du débiteur aliéné, soit garder la contre-prestation du tiers et admettre ce dernier à l'état de collocation du concordat ou de la faillite subséquente pour sa créance contre le débiteur. En cas de concordat ordinaire, les auteurs qui considèrent que ces créanciers n'ont pas droit au dividende concordataire (Amonn/Walther, par. 54, N 42) perdent de vue à notre avis que le débiteur reste obligé. Il serait choquant que ces créanciers, échappant au concordat, puissent demander le paiement de la totalité de la créance au débiteur. Il n'y a pas de raison qu'ils soient mieux traités que les créanciers dont la créance est née durant le sursis sans l'accord du commissaire. A notre avis (isolé) l'article 310 al. 1 LP doit s'appliquer par analogie en ce sens que ces créances doivent être réduites au dividende concordataire.

## V. SUCCÈS, LIMITES ET ÉCHEC DE LA PROCÉDURE CONCORDATAIRE

### A. EFFET DE L'HOMOLOGATION

95. *Effet de l'homologation sur les créances soumises au concordat.* Le concordat implique une modification des créances qui lui sont soumises. Ainsi, un concordat sursis implique une modification du terme d'exigibilité. Un concordat dividende implique une réduction des créances au dividende prévu par le concordat (RVJ 2001 299 cons. 10b; ATF 114 IA 203 = SJ 1989 219; Amonn/Walther, par. 55, N 3). Un concordat par abandon d'actif implique une extinction des créances moyennant le transfert des actifs du débiteur à ses créanciers (LGVE 1984 I 35). En raison de l'effet modificateur du concordat, les créanciers ne reçoivent pas d'acte de défaut de biens après paiement du dividende concordataire, ni dans le cas où le produit de réalisation des biens qui leur ont été dévolus dans le cadre d'un concordat par abandon d'actif ne suffit pas à les désintéresser (Hardmeier, Art. 310, N 13 et 16; Fritzsche/Walder, par. 75, N 10; Amonn/Walther, par. 55, N 3). Les promesses du débiteur en sus des stipulations du concordat sont nulles de plein droit (article 312 LP). Les créances en monnaie étrangère sont converties en francs suisses au jour de l'homologation d'un concordat par abandon d'actif (ATF 110 III 105). En cas de concordat dividende, l'article 84 CO s'applique. (Voir également supra, N 62).
96. *Effet de l'homologation sur les intérêts afférents aux créances.* Les créanciers perdent leur droit aux intérêts depuis la publication du sursis, à l'exception des créanciers gagistes pour les intérêts hypothécaires, et à moins que le concordat ne prévoie le contraire (art. 297 al. 3 LP; Hardmeier, Art. 310, N 7; ASA 50, 426). En cas d'excédent de liquidation d'un concordat par abandon d'actif, v. cependant ATF 129 III 559.
97. *Effet de l'homologation sur les poursuites en cours (article 311 LP).* L'homologation du concordat conduit à l'extinction des poursuites en cours. Les saisies réalisées avant la publication du sursis cessent de déployer leurs effets (PKG 1973 30; ATF 84 IV 158 c. 4). Cette extinction des poursuites a lieu dès la décision définitive d'homologation (Hardmeier, Art. 311, N 6). La faillite dans le cadre de laquelle le sursis concordataire avait été requis (art. 332 LP) doit être révoquée dès l'homologation du concordat, en application de l'article 195 al. 1 LP (Amonn/Walther, par. 54, N 87). L'homologation du concordat met fin aux effets du séquestre, et aux restrictions du droit d'aliéner inscrites au registre foncier. La garantie de l'exécution du concordat se substitue à ces mesures provisionnelles (Amonn/Walther, 2003, par. 54, N 86; ATF 116 III 35). Sur les poursuites relatives aux créances privilégiées et aux créances garanties par gage, v. supra N 80-81.
98. *Effet de l'homologation sur d'éventuelles actions révocatoires.* L'homologation d'un concordat ordinaire exclut toute possibilité d'action révocatoire

(art. 285 ss LP). Ce point résulte notamment de l'absence d'acte de défaut de biens en cas de concordat ordinaire. Une action de type révocatoire contre le conjoint du débiteur, basée sur l'article 193 CC, nous semble devoir également être exclue en cas de concordat ordinaire. Par contre, une action révocatoire, ou une action contre le conjoint du débiteur reste possible en cas de concordat par abandon d'actif (art. 331 LP).

### **99. Effet de l'homologation pour les sociétés.**

- *Société simple.* L'homologation du concordat par abandon d'actif de l'associé d'une société simple conduit à la dissolution de la société simple, mais pas l'homologation d'un concordat ordinaire (Stahelin; Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 2. Aufl. Art 545/546, N 16, v. ATF 107 III 27).
- *Société en nom collectif et en commandite.* L'homologation du concordat par abandon d'actif d'une société en nom collectif implique de même la dissolution de la société (Stahelin, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 2. Aufl. Art. 574 CO, N 10; Von Steiger, SPR VIII/1, 568), mais pas l'homologation d'un concordat ordinaire (ATF 101 Ib 458). En cas de concordat par abandon d'actif frappant l'associé d'une société en nom collectif, les liquidateurs peuvent demander la dissolution de la société (Stahelin, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht; Obligationenrecht II, 2. Aufl. Art. 575, N 1; ATF 102 III 36 ss). Les mêmes principes valent pour la société en commandite, par le renvoi de l'article 619 CO.
- *Société anonyme et autres sociétés de capital.* En principe, en cas de concordat par abandon d'actif, la commission de liquidation doit requérir la radiation du débiteur au terme de la liquidation (article 66 al. 3 ORC ATF 5P. 164 / 2003 du 29 octobre 2003, N 4.3; voir cependant ATF 64 II 368 et Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, par. 55, N 53). Le même principe vaut pour toutes les sociétés de capital. L'homologation d'un concordat ordinaire n'est par contre pas un cas de radiation du débiteur.
- *Inscription des concordats par abandon d'actif au registre du commerce.* L'inscription des concordats au registre du commerce n'a lieu que si le débiteur y est inscrit, et uniquement en cas d'homologation d'un concordat par abandon d'actif. L'article 64 al. 2 ORC prévoit que c'est la commission des créanciers qui est tenue de requérir l'inscription et de joindre à la réquisition un extrait légalisé du concordat et le dispositif du jugement. Or, l'article 308 LP prévoit une communication d'office du jugement d'homologation au registre du commerce (Jaeger, Art. 308, N 9). L'article 64 al. 2 ORC est donc inexact et devrait être modifié dans ce sens. Les conséquences de la communication du jugement d'homologation au registre du commerce sont celles de l'article 319 al. 2 LP.
- *Responsabilité des administrateurs.* En cas de concordat par abandon d'actif d'une personne morale, les créanciers acquièrent les prétentions de la société relatives à la responsabilité des administrateurs. Un tel transfert de la

prétention n'a pas lieu en cas de concordat ordinaire. En cas de concordat par abandon d'actif partiel, il convient d'interpréter le concordat pour déterminer si celui-ci prévoit la cession des actions en responsabilité (ATF 122 III 166).

**100. Effet de l'homologation sur les procès en cours.** L'homologation du concordat ne met pas fin aux procès en cours. Ceux-ci n'ont pas été suspendus par le sursis concordataire (supra, N 40) et continuent après l'homologation du concordat. Les créances faisant l'objet de procès sont des créances contestées, pour lesquelles le dividende concordataire doit être consigné jusqu'à droit connu. En cas de concordat par abandon d'actif, l'article 63 OAOF s'applique, en raison du renvoi général de l'article 321 al. 2 LP aux règles sur la faillite (sur le principe: Jaeger, Art. 321, N 28; Fritzsche/Walder, par. 77 N 25). La question de savoir si l'article 63 OAOF s'applique également en matière internationale n'a jamais été tranchée par la jurisprudence (ATF 93 III 84; implicitement affirmatif: ATF 112 III 36), mais on ne voit pas en quoi le sentiment d'équité et d'économie de procédure qui gouverne l'article 63 OAOF serait différent lorsque le procès est ouvert à l'étranger (Fritzsche/Walder, par. 49 note 28; contra Hierholzer, Staehelin/Bauer/Staehlelin (éd.) Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 1998; Art. 247, N 76. Gilliéron, art. 207, N 16 fait dépendre l'application de cette disposition de la reconnaissance par l'Etat étranger du droit de la masse ou d'un cessionnaire de se substituer au failli dans le procès en cours).

**101. Effet de l'homologation sur les contrats en cours.** En cas d'homologation d'un concordat par abandon d'actif, les règles du Code des obligations applicables en cas de faillite ou insolvabilité (art. 35, 83, 261, 266 h, 316, 405, 337a, 392, 470 al. 3, 495, 496 al. 2, 501, 504 CO) doivent s'appliquer par analogie. Une telle analogie n'est par contre pas systématiquement justifiée en cas d'homologation d'un concordat ordinaire et dépend des circonstances (Dallèves, SAS 1982, p. 114-123). Sur l'effet du sursis concordataire sur les contrats en cours, v. supra N 45. Sur une éventuelle conversion des créances non pécuniaires, v. supra N 89.

## **B. LIMITES TERRITORIALES DE LA PROCÉDURE CONCORDATAIRE**

**102. Effet de l'homologation d'un concordat suisse à l'étranger.** L'effet obligatoire du concordat se heurte au principe de territorialité de l'application de la loi sur les poursuites (Fritzsche/Walder, par. 75, N 15). La Suisse ne bénéficie en effet pas du Règlement européen sur les procédures d'insolvabilité (Règlement (CE) n° 1346/ 2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, JO L 160 du 30.06.2000, p. 1-18 en vigueur depuis le 31 mai 2002), qui prévoit une reconnaissance automatique des concordats européens dans les pays membres de la communauté. Si des biens du débiteur se trouvent à l'étranger, le concordat doit donc faire l'objet d'une procédure

de reconnaissance dans cet Etat pour éviter que les créanciers n'obtiennent la réalisation de ces biens pour le solde de leur créance, malgré l'homologation du concordat.

- 103. Effet d'un concordat étranger en Suisse.** Selon l'article 175 LDIP, les concordats ou procédures analogues homologués par une juridiction étrangère sont reconnus en Suisse par l'application par analogie des articles 166 à 170 LDIP. Cela suppose que les quatre conditions de l'article 166 LDIP (décision exécutoire, compétence internationale, absence de motif de refus, réciprocité; v. Marchand, Exécution de décisions étrangères en matière de faillite, Entraide judiciaire et exécution forcée, Bern Stämpfli 2004) soient réalisées. Cette règle a permis au tribunaux suisses de reconnaître un jugement de redressement judiciaire français (SJ 1997, p. 101 ss ), ou une Reorganisation prononcée par un juge américain en application du Chapter 11 du US bankruptcy code (ZR 94-63).
- 104. Effet d'un sursis concordataire prononcé à l'étranger.** Une procédure préalable au concordat, équivalant au sursis concordataire suisse, peut déjà être reconnue en Suisse, et conduire à une suspension des poursuites en Suisse, ainsi que l'a à juste titre considéré le Tribunal fédéral (SJ 1997, p. 101; également Dallèves, Faillites internationales, FJS 987 p. 15).
- 105. Concordat par abandon d'actif étranger.** Les dispositions traitant des effets de la reconnaissance d'une faillite (articles 171 à 174 LDIP) ne sont pas comprises dans le renvoi de l'article 175 LDIP (Lembo/ Jeanneret, p. 251). Il convient cependant de les appliquer lorsque la procédure étrangère correspond à un concordat par abandon d'actif (Stoffel, p. 389), qui n'est qu'une forme assouplie de la faillite. La volonté du législateur suisse de protéger les créanciers privilégiés domiciliés en Suisse, et les créanciers gagistes, contre une procédure d'insolvabilité à l'étranger, ne saurait être contournée par l'adoption d'un concordat par abandon d'actif. Cela implique que les créanciers privilégiés en Suisse et les créanciers gagistes soient désintéressés en premier lieu par les actifs localisés en Suisse, avant que ceux-ci ne soient remis aux liquidateurs à l'étranger.
- 106. Concordat ordinaire étranger.** Le moins que l'on puisse dire est que l'article 175 LDIP n'offre pas de solution précise quant aux modalités d'exécution d'un concordat ordinaire étranger en Suisse. A priori, un concordat ordinaire reconnu en Suisse déploie les effets que lui accorde le droit étranger. Il nous paraîtrait cependant étonnant qu'un concordat étranger prévoyant un paiement partiel des créanciers privilégiés soit reconnu sans autre aménagement en Suisse, alors que les créanciers privilégiés sont surprotégés en cas de concordat par abandon d'actif ou de faillite. Le juge Suisse devrait dès lors combler cette lacune en permettant aux créanciers privilégiés de faire valoir le solde de leur créance non couvert par le dividende concordataire sur les actifs du débiteur en Suisse (voir Stoffel, p. 390, qui regrette le

caractère sommaire de la réglementation et propose une procédure ancillaire adaptée aux circonstances du cas d'espèce).

### C. L'ÉCHEC DE LA PROCÉDURE CONCORDATAIRE

107. *Risques d'échec.* Les risques d'échec de la procédure concordataire se présentent à toutes les étapes de la procédure:

– *Refus du sursis ou révocation du sursis provisoire.* En premier lieu, le juge peut refuser d'octroyer le sursis, s'il lui paraît certain que les conditions de l'homologation ne pourront être réunies (LGVE 1994 I 51; SJ 1982 609, ATF 87 III 40). De la même façon, le juge qui a ordonné à titre conservatoire un sursis provisoire (article 293 al. 3 LP) peut le révoquer en tout temps si la mesure ne lui paraît plus justifiée. Dans cette situation, les poursuites en cours peuvent continuer ou reprendre normalement. L'article 309 LP ne s'applique pas (Jaeger, Art. 309, N 7) car le débiteur n'est pas encore entré dans une phase de procédure collective qui puisse justifier un cas de faillite sans poursuite préalable.

– *Révocation du sursis concordataire.* Lorsqu'un sursis concordataire a été ordonné, le juge du concordat peut le révoquer à la demande du commissaire, si cela est nécessaire pour conserver le patrimoine du débiteur, ou s'il est manifeste qu'un concordat ne pourra être conclu (article 295 al. 5 LP). Le juge du concordat peut également révoquer le sursis concordataire si le débiteur contrevient à l'article 298 LP (article 298 al. 3 LP). Cette décision peut faire l'objet d'un recours aux mêmes conditions que la décision d'homologation (supra N 76; article 307 LP applicable par le renvoi des articles 295 al. 5 et 298 al. 3 LP). En cas de révocation du sursis concordataire, les créanciers peuvent requérir la faillite du débiteur sans poursuite préalable dans les vingt jours (article 309 LP, applicable par le renvoi des articles 295 al. 5 et 298 al. 3 LP). Sur les obligations de diligence d'une caisse de pension dans ce cas, v. ATF 128 V 15.

– *Expiration du sursis, sans qu'un concordat ait été homologué.* Si la durée du sursis expire avant que le commissaire au sursis n'ait transmis son rapport au juge (article 304 LP), cette expiration équivaut à un refus d'homologation et les effets du sursis cessent de plein droit (ATF 84 III 117; ATF 85 I 77). Le sursis ne peut cependant expirer pendant la durée des débats sur l'homologation, qui conduisent à une décision dont la publication seule fait cesser les effets du sursis (article 308 al. 2 LP; ATF 130 III 380; ATF 84 III 117-121; 85 I 77). L'expiration du sursis est un cas de faillite sans poursuite préalable au sens de l'article 309 LP, applicable par analogie (Jaeger, Art. 309, N 6).

– *Renonciation au sursis par le débiteur.* Le débiteur peut également renoncer au sursis et en faire ainsi cesser les effets, tant que le concordat n'a pas été accepté par les créanciers (RVJ 1983 343). Cette renonciation n'est cependant efficace que si le sursis concordataire avait été requis par le débiteur (supra N 12ss) et non par un créancier (supra N 19ss). L'article 309 LP est applicable au cas de la renonciation au sursis par le débiteur (ATF 110 III 99; ATF 105 III 20; Gilliéron, art. 190, N 34).

- *Refus d'homologation.* Le concordat échoue également lorsque le juge en refuse l'homologation soit parce qu'une majorité de créanciers au sens de l'article 305 LP n'y a pas adhéré, soit parce que l'une au moins des conditions cumulatives d'homologation n'est pas réalisée, soit encore parce qu'un créancier recourt avec succès contre la décision d'homologation (article 307 LP). Le refus d'homologation est un cas de faillite sans poursuite préalable au sens de l'article 309 LP, sauf dans le cas où la requête de concordat était intervenue en cours de faillite (article 332 LP). Dans ce dernier cas, le refus d'homologation implique uniquement la fin de la procédure concordataire, et la continuation de la poursuite par voie de faillite (Jaeger, Art. 309, N 3 contra Gilliéron, art. 190, N 34).
- *Révocation du concordat entaché de mauvaise foi.* Après l'homologation du concordat, tout créancier soumis à ce concordat (article 310 LP) peut en requérir la révocation s'il est entaché de mauvaise foi (article 313 LP). Cette condition est notamment réalisée en cas d'achat de votes, de présentation d'une fausse comptabilité par le débiteur, de corruption, d'obtention frauduleuse du concordat au sens de l'article 168 CP (REP 1997 265; RBOG 1984 27). La mauvaise foi peut résulter d'une action ou d'une omission, comme la dissimulation de faits qui sont de nature à influencer la décision des créanciers (BJM 1978 147). L'acte ou l'omission contraire à la bonne foi n'est pas nécessairement imputable au débiteur. Il peut être imputable à un tiers (par exemple le conjoint du débiteur) ou à un créancier (Jaeger, Art. 313, N 11; Schupbach, p. 268). Il n'est pas nécessaire que l'acte ou l'omission contraire à la bonne foi soit de nature pénale (Jaeger, Art. 313, N 2; Fritzsche/ Walder, par. 76, N 11). La révocation du concordat permet aux créanciers de requérir la faillite sans poursuite préalable du débiteur (article 309 LP, auquel renvoie l'art. 313 al. 2 LP).
- *Révocation du concordat à l'égard d'un créancier.* L'inexécution du concordat par le débiteur à l'égard d'un créancier permet à ce dernier de requérir la révocation du concordat en ce qui le concerne (article 316 LP). Cette révocation n'a cependant pas d'effet pour les autres créanciers et n'est pas un cas de faillite sans poursuite préalable au sens de l'article 309 LP (RJN 2000 341; ATF 26 II 189; Hardmeier, art. 313, N 11). Le texte allemand fait d'ailleurs la distinction entre *Aufhebung* / révocation (art. 313), et *Widerruf* / résolution (art. 316) (ATF 110 III 40).

**108. Faillite sans poursuite préalable (article 309 LP).** Dans les cas où l'article 309 LP est applicable (supra N 107), le débiteur peut être mis en faillite sans poursuite préalable, si un créancier en fait la demande dans les vingt jours. Le fait que le débiteur ne soit pas soumis à la poursuite par voie de faillite (article 39 LP), n'empêche pas les créanciers de requérir sa faillite dans les cas de l'article 309 LP (art. 190 al. 1 ch. 3 LP; Jaeger, Art. 309, N 13, Hardmeier, Art. 309, N 6; l'ancien droit réservait cette possibilité uniquement dans les cas où le débiteur était soumis à la poursuite par voie de faillite au sens de l'article 39 LP: v. ATF 122 III 204). La requête en faillite peut être

introduite par tout créancier en mesure de rendre sa créance vraisemblable (Gilliéron, art. 190, N 8 et 36), même s'il n'a pas participé à la procédure concordataire, ou même s'il a produit sa créance tardivement au sens de l'article 300 LP (Jaeger, Art. 309, N 9; Hardmeier, Art. 309, N 4). L'adhésion au concordat n'empêche pas un créancier de requérir la faillite si l'homologation est refusée. Un créancier peut requérir la faillite même si sa créance n'est pas encore exigible (Jaeger, Art. 309, N 10; ATF 85 III 151-152; BLSchK 1989 25 ss). Dans le cadre de la faillite consécutive au refus de l'homologation du concordat, les créances nées pendant le sursis avec l'approbation du commissaire constituent des dettes de la masse en faillite (article 310 al. 2 LP).

**109. Effet de la révocation du concordat (article 313 LP) sur les prestations déjà effectuées.** La révocation du concordat selon l'article 313 LP a un effet de nullité globale du concordat. Elle implique que les effets de l'homologation cessent à l'égard de tous les créanciers (RJN 2000 341; ATF 26 II 189; Hardmeier, Art. 313, N 11). Les prestations déjà exécutées par le débiteur en exécution du concordat ne sont pas susceptibles de restitution (Hardmeier, Art. 313, N 14; Schupbach, p. 287 et 289) et les créances renaissent pour le solde impayé. Par contre, en cas de révocation d'un concordat par abandon d'actif entaché de mauvaise foi, l'éventuel repreneur doit restituer les actifs qui lui ont été cédés, contre remboursement du prix de la cession par la masse en faillite du débiteur.

## VI. DISPOSITIONS PÉNALES

### A. RISQUE PÉNAL DU DÉBITEUR

**110. Renvoi général de l'article 171 CP.** Les dispositions sur la banqueroute frauduleuse (article 163 ch 1 CP), la diminution effective de l'actif au préjudice des créanciers (article 164 ch. 1 CP) la gestion fautive (article 165 ch. 1 CP) et la violation de l'obligation de tenir une comptabilité (article 166 CP) sont applicable en cas d'homologation d'un concordat, quel qu'en soit le contenu (article 171 al. 1 CP; Corboz, art. 171, N 1). Les efforts du débiteur pour obtenir le concordat sont pris en considération (article 171 al. 2 CP), et peuvent conduire à une exemption de poursuite ou de peine lorsque la faillite a été révoquée grâce à l'homologation du concordat (article 171 bis al. 2 CP)

**111. Le débiteur désobéissant.** Le débiteur qui ne se soumet pas à une injonction du juge de lui soumettre ses livres, bilans et compte d'exploitation (article 294 al. 1 LP) commet un acte d'insoumission à une décision de l'autorité, au sens de l'article 292 CP (Vollmar, Art. 294, N 10).

**112. Le débiteur cachottier.** Le débiteur qui n'indique pas l'ensemble de ses biens au commissaire lors de l'inventaire (article 299 LP) est punissable au sens de l'article 323 CP (Hunkeler, N 856; ATF 84 IV 158; contra Jaeger, Art. 299, N 3).

**113. Le débiteur amical.** Le débiteur qui, se sachant insolvable, avantage intentionnellement un de ses créanciers au détriment des autres, est punissable d'emprisonnement au sens de l'article 167 CP, si le concordat est homologué (articles 167 et 171 CP).

**114. Le débiteur corrupteur.** Lorsque l'avantage est octroyé à des fins corruptrices, soit notamment pour acheter le vote du bénéficiaire, le débiteur est passible de l'article 168 al. 1 CP, qui vise le cas de la subordination dans l'exécution forcée. Contrairement à l'article 167 CP, l'infraction de l'article 168 CP est consommée même si l'avantage n'a été que promis. Le succès n'est pas une condition de l'infraction: l'acte de subordination a lieu même si le créancier refuse l'avantage ou trahit l'accord conclu en votant contre le concordat (Corboz, Art. 168, n 14; ATF 71 IV 34). Cet échec de la subordination conduit en général le débiteur à la fois à la faillite et en prison. Triste sort que celui du débiteur qui se retrouve ainsi trahi, failli, et puni.

**115. Le débiteur reconnaissant.** Par contre, après avoir obtenu un concordat, le débiteur est libre d'octroyer à ses créanciers n'importe quel avantage. L'acte n'est plus de nature à défavoriser les autres créanciers, ni à influencer le vote du bénéficiaire (Corboz, Art. 168, N 5; Stratenwerth, BT I par. 24 N 38). Bien sûr, il ne sera pas toujours facile de distinguer une récompense spontanée et l'exécution d'une promesse antérieure au concordat. Il appartient cependant à l'autorité pénale d'établir qu'une libéralité faite à un créancier après le concordat est le salaire de la corruption. Le débiteur ne saurait être présumé coupable de subordination pour le seul fait de sa bienveillance.

**116. Le débiteur menteur.** Pour établir les chances de succès du concordat (article 294 al. 2 LP), ou le caractère proportionné de l'offre concordataire (article 306 al. 2 ch. 1 LP), le débiteur peut être tenté de fournir un faux bilan ou une comptabilité inexacte à ses créanciers, au juge, ou au commissaire au concordat. Il est alors passible d'emprisonnement au sens de l'article 170 CP. Le but de la tromperie doit être l'obtention d'un sursis concordataire, ou l'homologation du concordat. Peu importe que cette tromperie porte sur une amélioration ou une péjoration de la situation du débiteur (ATF 84 IV 159). La tromperie est constitutive de l'infraction, indépendamment de son succès (Corboz, art. 170, N 9). Le cas échéant, les manipulations comptables du débiteurs peuvent également donner lieu à une qualification de banqueroute frauduleuse (Article 163 CP), faux dans les titres (article 251 CP; ATF 114 IV 32), ou escroquerie (Article 146 CP) (Corboz, Art. 170, N 13; Stratenwerth, BT I, par. 24, N 59 ss).

## B. RISQUE PÉNAL DES TIERS

- 117. Renvoi de l'article 171 CP.** Le renvoi général de l'article 171 CP aux règles sur la banqueroute frauduleuse (article 163 CP) et la diminution effective de l'actif au préjudice des créanciers (article 164 CP) comprend également la punissabilité des tiers. (Brunner, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II, Art 171, N 5).
- 118. Le créancier bénéficiaire.** Le tiers bénéficiaire d'un avantage octroyé par le débiteur insolvable au sens de l'article 167 CP n'est pas punissable, sauf s'il est considéré comme instigateur ou complice (Corboz, Art. 167, N 12; ATF 124 IV 10).
- 119. Le tiers corrompueur.** Le débiteur n'est pas seul à avoir intérêt au concordat. Des proches du débiteur peuvent partager cet intérêt; un créancier peut être persuadé qu'il obtiendra plus du concordat que d'une faillite du débiteur; un concordat par abandon d'actif peut être une excellente affaire pour le repreneur des actifs du débiteur. A l'inverse, un créancier menacé de voir sa créance réduite à un dividende concordataire qu'il juge insuffisant peut être tenté de tout faire pour mettre le projet de concordat en échec, y compris d'acheter les voix d'autres créanciers. Ces tiers directement ou indirectement intéressés, motivés par des considérations altruistes ou égoïstes, sont punissables de la même façon que le débiteur, au titre de l'article 168 al. 1 et 2 CP, s'ils tentent de subordonner des créanciers, le commissaire ou le liquidateur (Corboz, Art.168, N 17)
- 120. Le créancier corrompu.** Le créancier corrompu, bénéficiaire d'un avantage ou d'une promesse d'avantage en échange d'une promesse de vote, est punissable au même titre que le corrompueur pour l'infraction de subordination dans l'exécution forcée (article 168 al. 3 CP; ATF 126 IV 11). La trahison n'est pas salvatrice: le corrompu qui n'agit pas comme le corrompueur le lui a demandé est néanmoins punissable (Corboz, Art. 168, N 18).
- 121. Le créancier récompensé.** Le créancier récompensé, qui, après l'homologation du concordat, reçoit du débiteur reconnaissant un avantage quelconque, n'est pas punissable tant que cet avantage ne correspond pas à l'exécution d'une promesse faite par le débiteur avant l'homologation.
- 122. Le tiers menteur.** Le tiers qui, dans l'intérêt du débiteur, tente de tromper les créanciers, le commissaire ou le liquidateur, notamment en maquillant la comptabilité ou les bilans du débiteur, est punissable de la même façon que le débiteur du fait de cette tromperie (article 170 al. 2 CP). L'article 170 al. 2 CP ne vise que le cas du tiers qui trompe les créanciers, le commissaire ou le liquidateur au profit du débiteur. Quid du tiers menteur qui agit contre cet intérêt, pour éviter par exemple l'homologation du concordat ? Cet acte peut être punissable du fait d'atteinte astucieuse aux intérêts pécuniaires d'autrui

(article 151 CP), voire d'escroquerie si le dessein d'enrichissement illégitime est établi (article 146 CP). Le tiers qui produit dans le concordat une créance totalement fictive dans l'espoir de pouvoir voter pour ou contre le concordat peut en outre être punissable du fait de banqueroute frauduleuse au sens de l'article 163 al. 2 CP.

**123. Risque pénal en rapport avec l'exécution du concordat:** v. article 169 et 324 ch 4 CP.

## C. RESPONSABILITÉ PÉNALE DES PERSONNES MORALES

**124. Responsabilité des organes.** Les infractions en matière de concordat sont souvent le fait de personnes morales, qu'il s'agisse du débiteur proposant un concordat ou de ses différents créanciers. Une personne morale pouvant difficilement être emprisonnée, ce sont ses organes, en particulier ses administrateurs, qui sont punissables à sa place. Les employés munis de pouvoirs de décision indépendants peuvent également être la cible des foudres de la justice pénale. Le dirigeant effectif, qui pousse la modestie jusqu'à n'assumer aucune fonction au sein de l'entreprise, mais garde néanmoins un pouvoir de fait sur ses actes, n'échappe pas au risque d'être punissable pour les actes de la société (article 172 CP). Le simple fait d'avoir prévu la réalisation des circonstances constitutives de l'infraction, et de n'avoir rien fait pour en écarter ou en atténuer les conséquences, suffit à la punissabilité (ATF 105 IV 172).

**125. Responsabilité de l'entreprise.** Depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2003, les entreprises peuvent être poursuivies pénalement pour les infractions commises en leur sein (article 100 quater et 100 quinquies CP). Une amende pouvant aller jusqu'à CHF 5 mio peut être prononcée. En cas de concordat par abandon d'actif, ou lorsque l'infraction a conduit à la révocation du concordat entaché de mauvaise foi et à la faillite subséquente du débiteur (article 309 LP), il ne se justifierait pas d'infliger une telle amende au débiteur, dans la mesure où elle pénaliserait l'ensemble des créanciers.

## VII. CONCLUSION

**126. De l'utilité sociale du concordat.** Les faillites sont un fléau social qui ruinent les débiteurs, empêchent les créanciers de bénéficier de la continuation des activités de leur cocontractant, et compromettent l'ordre social et économique par les licenciements collectifs et l'appauvrissement général qu'elles génèrent. Il est dans l'intérêt de tous de favoriser les solutions alternatives à la faillite, en particulier les solutions concordataires.

**127. Vers un affaiblissement des possibilités concordataires ?** L'une des plus grande difficultés pratiques de la procédure concordataire est la garantie de

paiement intégral des créanciers privilégiés. La réforme de 1997 a réduit les privilèges de l'article 219 LP. L'un des buts de cette réduction était notamment de favoriser le succès des concordats (v. l'intervention du Conseiller fédéral Koller, in BOCE 1993, p. 652). La tendance naturelle des débats politiques va vers une réintroduction progressive de privilèges sectoriels. La réforme de 2000 en a été l'illustration. La jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle les caisses de pension sont privilégiées quelle que soit la cause de leur créance contre l'employeur, et non seulement pour leurs créances de cotisations (ATF 129 III 468), est le pendant judiciaire de cette tendance législative. De telles modifications ou interprétations généreuses de l'article 219 LP mettent indirectement en péril les chances de succès des procédures concordataires. Cette conséquence indirecte devrait plus souvent être prise en considération lors des débats législatifs ou judiciaires relatifs aux privilèges dans la faillite.

## PLAN

|      |  |         |
|------|--|---------|
| I.   | LE CONCEPT DE CONCORDAT . . . . .                                | 1-11    |
| II.  | LA REQUÊTE DE SURSIS CONCORDATAIRE . . . . .                     | 12-36   |
|      | A. Requête par le débiteur . . . . .                             | 12-18   |
|      | B. Requête par un créancier ou le juge de la faillite . . . . .  | 19-25   |
|      | C. Procédure . . . . .   | 26-36   |
| III. | EFFETS DU SURSIS . . . . .                                       | 37-53   |
|      | A. Suspension des poursuites . . . . .                           | 37-46   |
|      | B. Surveillance du débiteur . . . . .                            | 47- 53  |
| IV.  | ADHÉSIONS ET HOMOLOGATION . . . . .                              | 54-94   |
|      | A. L'acceptation collective des créanciers . . . . .             | 54-62   |
|      | B. Le contrôle judiciaire . . . . .                              | 63-78   |
|      | C. Des divers créanciers: casuistique . . . . .                  | 79-94   |
| V.   | SUCCÈS LIMITES ET ÉCHEC DE LA PROCÉDURE CONCORDATAIRE . . . . .  | 95-109  |
|      | A. Effets de l'homologation . . . . .                            | 95-101  |
|      | B. Limites territoriales de la procédure concordataire . . . . . | 102-106 |
|      | C. L'échec de la procédure concordataire . . . . .               | 107-109 |

|   |         |
|---|---------|
| VI. DISPOSITIONS PÉNALES . . . . .                            | 110-125 |
| A. Risque pénal du débiteur . . . . .                         | 110-116 |
| B. Risque pénal des tiers . . . . .                           | 117-123 |
| C. Responsabilité pénale pour les personnes morales . . . . . | 124-125 |
| VII CONCLUSION . . . . .                                      | 126-127 |

## OUVRAGES CITÉS

- AMONN / WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes, 7<sup>ème</sup> éd. Berne 2003;
- ARROYO, Zu Sinn und Tragweite von art. 310 abs. 2 SchKG im Nachlassverfahren. Verbindlichkeiten der Masse, in BJM 2003-233;
- CORBOZ, Les infractions en droit suisse, Berne, 2002, Art. 168, N 24;
- DALLEVES Faillites internationales, Fiches Juridiques Suisses 987 (cité Dallèves);
- DALLEVES, Des effets du concordat sur les contrats du débiteur, SAS 1982, p. 114-123 (cité Dallèves, SAS 1982);
- FRITZSCHE / WALDER, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, 2 vol. Zürich 1984 et 1993 (cité Fritzsche/ Walder);
- GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et faillite, III volumes (cité Gilliéron);
- HARDMEIER, in: STAEHELIN / BAUER / STAEHLELIN (éd.) Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3 vol. Bâle, Genève, Munich 1998 (cité Hardmeier);
- HUNKELER Das Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG, Thèse fribourg, 1996 (cité Hunkeler);
- JAEGER / WALDER / KULL / KOTTMANN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3 vol. Zurich 1997 (cité Jaeger);
- LAMBO / JEANNERET, La reconnaissance d'une faillite étrangère: état des lieux et considérations pratiques, SJ 2002 II 247 (cité Lambo/ Jeanneret);
- MESSAGE concernant la révision de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 8 mai 1991 (tiré à part) (cité Message);
- SCHUPBACH Révocation du concordat, in: Insolvence, désendettement et redressement, Genève 2000, p. 287 (cité Schupbach);
- STOFFEL, Voies d'exécution, Berne 2002 (cité Stoffel);
- STRATENWERTH Schweizerisches Strafrecht, Besondere Teil I, Bern Stämpfli (cité Stratenwerth);
- VOLLMAR in: STAEHELIN / BAUER / STAEHLELIN (éd.) Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3 vol. Bâle, Genève, Munich 1998 (cité Vollmar);
- WINKELMANN / LEVY / JEANNERET / MERKT / BIRCHLER, in: STAEHELIN / BAUER / STAEHLELIN (éd.) Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3 vol. Bâle, Genève, Munich 1998 (cité Winkelmann / Levy / Jeanneret / Birchler)

