

CENTRE DE DROIT COMMERCIAL, FISCAL ET DE L'INNOVATION

Jean-Luc Chenaux | Robert Danon | Nathalie Tissot (éds)

Olivier Hari

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

Statut, fonctions et responsabilité

Avec une analyse de l'activité des
mandataires nommés par la FINMA en cas
d'insolvabilité d'un assujetti

CCFI

Centre
de droit
commercial,
fiscal et
d'innovation

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES



2010

Table des matières

Abréviations	XXVII
Bibliographie	XXXI
Avant-propos	1
Première partie : Typologie du concordat et phases de la procédure	5
Section I : Historique et évolution législative	5
Section II : Les finalités du concordat	8
Section III : Les différents types de concordats judiciaires	9
A. Généralités	9
B. Le concordat ordinaire	9
C. Le concordat par abandon d'actif	10
Section IV : Le déroulement de la procédure concordataire	13
A. L'ouverture de la procédure concordataire	13
1. Par le débiteur	13
2. Par le créancier	15
3. Par le juge	15
4. Le cas particulier du concordat en cours de faillite	15
B. Le sursis concordataire	16
1. Le sursis concordataire provisoire	16
2. Le sursis concordataire ordinaire	18
C. L'homologation	19
D. L'exécution du concordat	21
1. Ordinaire	21
1.1 Désignation d'un surveillant à l'exécution	21
1.2 Statut	21
1.3 Compétences	23
1.4 Voie de recours	23
2. Par abandon d'actif	23
Deuxième partie : Statut du commissaire et conséquences	25
Titre 1 : Statut du commissaire	25
Section I : Le commissaire, organe de l'état	25
A. Nature juridique de l'attribution de la tâche et rapport de droit	25
1. Problématique et enjeux de la distinction	25
2. Le délégataire	27
3. Le concessionnaire	28

4. Le mandataire de droit public	30
5. Le fonctionnaire et l'employé	30
6. Nature autonome et rapport de droit public	32
Section II : Divers devoirs du commissaire	35
A. Récusation	35
1. Champ d'application de l'art. 10 LP	36
2. Conditions	37
2.1 Intérêts propres (art. 10 al. 1 ch. 1 LP)	37
2.2 Intérêts des conjoint, partenaire et parents tiers (art. 10 al. 1 ch. 2 et 2 ^{bis} LP)	39
2.3 Intérêts de tiers dont le commissaire est le représentant légal, le mandataire ou l'employé (art. 10 al. 1 ch. 3 LP)	39
2.3.1 Le représentant légal	39
2.3.2 Le mandataire	40
2.3.3 Le cas particulier du réviseur	42
2.4 Autres raison (art. 10 al. 1 ch. 4 LP)	43
3. Procédure	44
3.1 Récusation spontanée du commissaire	44
3.2 Mise en œuvre de l'obligation de récusation par le juge	44
3.3 Demande de récusation par un créancier ou un tiers intéressés	45
4. Aperçu de quelques incompatibilités de fonction selon les lois cantonales d'exécution de la LP	46
B. Interdiction de conclure une affaire se rapportant à la procédure	47
C. Respect du secret	48
D. Devoir de dénonciation	49
E. Respect d'un barème de tarification	50
F. Exécution personnelle des tâches	51
Section III : Surveillance du commissaire	53
A. Autorités compétentes	53
B. Étendue de la surveillance	53
1. Surveillance administrative	53
2. Mesures disciplinaires	55
2.1 Les différentes sanctions et leurs effets	55
2.2 Ouverture de la procédure	57
2.2.1 Compétence	57
2.2.2 Conditions d'ouverture et délai	58
2.3 Voies de recours	60
2.4 Casuistique	60
C. Voie de droit pour attaquer une décision du commissaire	61
Section IV : Rémunération du commissaire	63
A. Les honoraires	63

1. Autorité compétente	63
2. Critères applicables	64
3. Assujettissement des activités à la LTVA	66
4. Garantie du paiement de la créance en rémunération	67
4.1 Le débiteur de la rémunération	67
4.2 Pas de privilège de la créance en rémunération	67
4.3 Plafond du montant alloué par le juge du concordat	69
5. Recours contre la décision judiciaire fixant les honoraires	69
B. Avances de frais et provisions	70
1. Principes généraux	70
2. Au moment de la demande de l'ouverture de la procédure	70
3. Au cours de la procédure	72
C. Critique du système actuel	75
1. Montant des honoraires du commissaire	75
2. Les provisions	75
Titre 2 : Responsabilité du commissaire	77
Section I : Responsabilité civile	77
A. Les conditions matérielles nécessaires à l'ouverture d'une action en responsabilité à l'encontre du canton	77
B. Légitimation active	78
1. Pendant le sursis concordataire	78
2. Après l'homologation d'un concordat ordinaire	80
3. Après l'homologation d'un concordat par abandon d'actif	81
C. L'action récursoire	81
D. Casuistique et remarques conclusives	82
Section II : Responsabilité pénale	85
A. Crimes ou délits dans la faillite et la poursuite pour dettes	85
1. Art. 163 et 164 CP	86
2. Art. 167 CP	87
3. Art. 168 CP	88
4. Art. 169 CP	89
5. Art. 170 CP	91
B. Art. 307 CP	92
C. Infractions contre les devoirs de fonction et professionnels	93
1. Les notions de membre d'une autorité et de fonctionnaire	93
1.1 Caractéristique commune	93
1.2 La notion d'autorité et de membre d'une autorité	94
1.3 La notion de fonctionnaire	94
1.4 Application des principes au commissaire	95
2. Art. 312 CP	95
3. Art. 313 CP	96
4. Art. 317 CP	96

5. Art. 322 ^{quater} CP / art. 322 ^{sexies} CP	97
Troisième partie : Activités du commissaire au sursis	99
Titre 1 : Début et fin de l'activité	99
Section I : Désignation du commissaire	99
A. Autorité compétente	99
B. Critères de nomination	100
C. Exigences en termes de formation et d'expérience	102
D. Acceptation et refus du « mandat » par le commissaire	103
E. Recours contre la décision de nomination	104
Section II : Libre accès à l'activité et égalité des chances: quelles garanties ?	107
A. Garanties constitutionnelles	107
1. Liberté économique	107
2. Egalité de traitement	109
2.1 Egalité (entre concurrents)	109
2.2 Egalité (entre non-concurrents) et égalité des chances	110
B. Loi sur le marché intérieur	111
C. Marchés publics	112
1. Conditions d'application des règles cantonales sur les marchés publics	112
1.1 Conclusion d'un contrat	113
1.2 L'activité appartient à un marché	115
1.3 Valeurs-seuils	115
2. Proposition de modalités de désignation	116
D. Licéité des restrictions cantonales à l'exercice de la fonction	116
1. Etat des lieux	116
2. Principe de primauté du droit fédéral	118
Section III : Fin de l'activité	123
A. Fin ordinaire	123
B. Fin extraordinaire	123
1. Abandon volontaire des fonctions	124
2. Décès, faillite	124
3. Révocation	124
3.1 Droit actuel	124
3.2 Constats et critique du système	125
Titre 2: Activités de surveillance et de gestion	127
Section I : L'activité du commissaire provisoire	127
A. Tâches similaires à celles du commissaire ordinaire	127
B. Spécificités	128
1. Conservation de l'actif	128
2. Etat de la fortune et des revenus	128

3.	Perspectives de concordat et d'assainissement	129
4.	Révocation du sursis provisoire	131
Section II :	L'activité du commissaire ordinaire	132
A.	Les différentes mesures de surveillance	132
B.	Surveillance simple	133
1.	Première composante : devoir général de conservation du patrimoine du débiteur et des intérêts de chaque créancier	134
2.	Deuxième composante : surveillance du respect de l'art. 298 al. 2 LP – les actes (relativement) interdits pendant le sursis	134
2.1	Interdiction d'aliéner ou de grever l'actif immobilisé	134
2.2	Interdiction de constituer un gage	137
2.2.1	Généralités	137
2.2.2	Le cas particulier de la cession globale de créances	138
2.3	Interdiction de se porter caution	140
2.4	Disposer à titre gratuit	140
2.5	Nécessité du consentement du juge	141
2.6	Conséquences de l'absence de consentement du juge	142
2.7	Rôle du commissaire	142
C.	Surveillance qualifiée : consentement du commissaire à certains actes du débiteur	143
1.	Principe général	143
2.	Effet de l'absence du consentement du commissaire	144
3.	Effet du consentement du commissaire	147
3.1	Paiement intégral des créances nées avec le consentement du commissaire	147
3.2	Pas de révocation des actes juridiques effectués pendant le sursis avec l'accord du commissaire	149
3.3	Le cas particulier des créances fiscales afférant aux actes autorisés	150
3.4	Autres créances fiscales naissant de par la loi	151
D.	Continuation de l'activité du débiteur par le commissaire seul	152
E.	Les injonctions et décisions du commissaire	153
F.	Sort des procédures de poursuites et judiciaires pendant le sursis	155
1.	Effet du sursis sur les procédures de poursuites et judiciaires	155
2.	Représentation et remplacement en justice du débiteur par le commissaire	158
3.	Ouverture d'actions révocatoires par le commissaire ?	159
3.1	En l'état : exclusivement après homologation d'un concordat par abandon d'actif, par les liquidateurs	159
3.2	Qualité pour agir du commissaire ?	161
G.	La compensation pendant le sursis	163
1.	Principe	163

2. Le cas particulier de la reprise d'une dette du sursitaire par un débiteur du sursitaire	164
3. Après l'homologation d'un concordat	165
Section III : Effet du sursis sur les contrats en cours	167
A. En application du droit de l'exécution forcée	167
B. En application de règles de droit privé	168
1. <i>Cautio judicatum solvi</i> (83 CO)	169
2. Demeure et droit de résolution (107 CO)	171
3. Résiliation pour justes motifs	172
4. Règles spéciales en cas de faillite ou d'insolvabilité	173
C. Exécution ou résiliation par le débiteur concordataire des contrats conclus avant l'octroi du sursis : quelle place pour le "cherry picking" ?	176
Section IV : Transfert de l'entreprise ou de certains actifs de l'entreprise	179
A. Nature de la vente et conséquences pour le commissaire	180
B. Compétence pour autoriser la vente	182
C. Motifs pour exclure un transfert d'entreprise en cours de sursis	184
1. Quelle protection pour les créanciers ?	184
1.1 But du sursis concordataire	185
1.2 Limites des pouvoirs du juge du concordat	185
1.3 Conditions légales d'homologation d'un concordat par abandon d'actif avec transfert à un tiers	186
1.4 Absence de voie de droit appropriée pour remettre en cause le transfert en cas de faillite subséquente	186
1.5 Nature contractuelle du concordat	187
2. Quelle protection pour les actionnaires ?	187
3. Quelle protection pour les travailleurs	188
3.1 Application de l'art. 333 al. 1 CO ?	188
3.1.1 Situation actuelle en droit suisse	188
3.1.2 Motifs pour exclure l'application de l'art. 333 CO	191
a) Privilège de classe des travailleurs	191
b) Frein économique à la reprise	191
c) Absence de justification sociale	192
3.1.3 Information et participation des travailleurs	192
3.2 Licenciements collectifs : application des art. 335d ss CO	193
3.3 Indemnité en cas d'insolvabilité (LACI)	196
D. Institution d'un droit de participation	196
1. Des créanciers	196
2. Des actionnaires	197
3. Application de la LFus, solution miracle pour la protection des créanciers et des actionnaires ?	198
E. Vente de biens immobiliers de gré à gré pendant le sursis	199

F. <i>Vade mecum</i> du transfert d'actifs pendant le sursis	202
Titre 3 : Activités procédurales	203
A. Publication du sursis et communication au registre foncier	203
B. Information du débiteur	205
C. Information des créanciers sur le cours du sursis	205
D. Etablissement d'un procès-verbal	206
1. Tenue, contenu, force probante, rectification et conservation	206
2. Droit de consultation (art. 8a LP)	208
2.1 Principe et conditions	208
E. Demande de prolongation du sursis (art. 295 al. 4 LP)	210
F. Demande de révocation du sursis (art. 295 al. 5 LP/ 298 al. 3 LP)	213
1. Conditions	214
2. Effets de la révocation	215
G Inventaire et estimation	216
1. Inventaire et estimation des actifs	216
1.1 Moment de l'inventaire	216
1.2 Collaboration du débiteur, de tiers et d'autorités	216
1.3 Actifs à inventorier et estimation	217
1.4 Droit de plainte du débiteur, des créanciers et des tiers contre l'inventaire	219
2. Inventaire et estimation des gages	220
H. Appel aux créanciers	222
1. Publication et avis spécial aux créanciers connus	222
2. Forme et contenu de la production – devise et intérêts	224
I. Etablissement du passif	225
1. Examen des productions	225
2. Productions tardives	226
3. Créances résultant de la comptabilité du débiteur	227
4. Pas de compétence décisionnelle du commissaire	227
5. Vérification des créances	228
5.1 Par le commissaire	228
5.2 Prise de position du débiteur	228
5.3 Droit d'être entendu du tiers dont la créance est contestée	229
5.4 Droit de consultation et de contestation des créanciers	230
6. Tableau des créanciers	230
J. Convocation des créanciers à l'assemblée des créanciers	231
1. Modalités de la convocation	232
2. Information des créanciers	234
2.1 Etendue	235
2.2 Limitation	236
3. Détermination des créanciers en droit d'être présents	237

4. Tâches particulières du commissaire	239
4.1 Présider l'assemblée des créanciers et tenir procès-verbal	239
4.2 Présenter un rapport sur la situation du débiteur	239
4.3 Présenter un projet de concordat	240
4.3.1 Elaboration	240
4.3.2 Contenu	241
4.3.3 Forme	243
a) Du concordat	243
b) Du contrat de cession d'actifs au repreneur	243
4.4 Recueillir les adhésions	244
4.4.1 Caractéristiques de l'adhésion	245
4.4.2 Créanciers exclus du vote	246
a) Créanciers gagistes	246
b) Créanciers privilégiés	248
c) Créanciers postposés	249
d) Cautions du débiteur et débiteur caution	250
e) Créanciers tardifs	251
f) Créancier conditionnel, contesté par le débiteur, à terme incertain	254
g) Créance contestée par les créanciers	254
h) Conjoint du débiteur et proches	255
i) Créancier de la masse concordataire	255
j) Créances fiscales et de droit public	255
4.4.3 Cas spécifiques dans lesquels le créancier doit être admis à voter	256
a) Créanciers dont la créance n'est pas encore exigible	256
b) Créances non pécuniaires	256
4.4.4 Dies ad quem	257
K. Rapports intermédiaires	257
L. Rapport final au juge	258
1. Généralités	258
2. Contenu	259
2.1 Adéquation de l'offre du débiteur avec ses ressources (proportionnalité)	259
2.2 Caractère plus avantageux qu'une faillite	260
2.3 Garantie suffisante	260
3. Rapport final tardif	264
M. Résumé des activités procédurales incombant au commissaire	266
Titre 4 : Aspects de droit international	267
A. Application des principes généraux du droit suisse (LDIP)	267
1. Introduction	267
2. Effets procéduraux en Suisse de la reconnaissance d'une	

décision étrangère comparable à un sursis concordataire	268
3. Effets procéduraux en Suisse de la reconnaissance d'une décision homologuant un concordat	271
4. La problématique de la succursale suisse d'un débiteur étranger	273
B. Application des principes généraux du droit européen	274
1. Le Règlement (CE) 1346/2000 du 29 mai 2000	274
2. Le principe de reconnaissance de plein droit	274
3. Etendue des pouvoirs du syndic dans les Etats membres	276
C. Discussion et conclusion	277

Quatrième partie :

Le chargé d'enquête et le délégué à l'assainissement bancaire	279
Titre 1 : Le sursis, la prorogation des échéances et la procédure d'assainissement bancaire	279
A. Ouverture de la procédure par la FINMA	280
1. Le sursis	282
2. La prorogation des échéances	284
3. La problématique de la compensation pendant une prorogation d'échéances ou un sursis	286
3.1 En général	286
3.2 Le cas particulier de la compensation avec des fonds de fiduciaires	287
B. Ouverture de la procédure d'assainissement	288
Titre 2 : Désignation et statut du chargé d'enquête et du délégué à l'assainissement bancaire	291
A. Désignation et critères de nomination	291
B. Nature juridique de l'octroi du "mandat"	292
1. Application du droit des marchés publics ?	292
2. Délégation, concession ou acte <i>sui generis</i> ?	293
3. Mandat de droit public ?	294
C. Conséquences de la qualification	296
1. Absence théorique de pouvoir souverain	296
2. Application des règles du mandat	297
3. Devoirs du chargé d'enquête et du délégué à l'assainissement envers la FINMA	297
3.1 Obligations générales découlant du droit du mandat	298
3.1.1 Information et reddition de compte	298
3.1.2 Exécution personnelle	298
3.2 Respect des différents secrets	299
4. Rapport du mandataire avec l'assujetti	300

D. Responsabilité	301
1. Responsabilité civile	301
2. Responsabilité pénale	302
E. Surveillance	303
F. Honoraires	304
G. Fin du mandat	306
Titre 3 : Activités du chargé d'enquête en cas d'insolvabilité de l'assujetti	307
A. Etablissement de la solvabilité de l'assujetti	307
B. Activités de surveillance et de gestion	308
1. Contrôle de l'interdiction de toute sortie de fonds	308
2. Respect de l'égalité de traitement entre créanciers	309
3. Traitement des engagements contractés pendant les mesures protectrices	309
4. Paiement immédiat d'une partie des dépôts	309
5. Mise en œuvre de la Garantie des Dépôts des Banques et Négociants en valeurs mobilières Suisses	311
6. Remplacement des organes	312
C. Activités procédurales	312
1. Information de l'assujetti	312
2. Information du public	313
3. Autres devoirs liés à l'information	313
Titre 4 : Activités du délégué à l'assainissement	315
A. Mise en œuvre des éventuelles mesures protectrices et gestion de la banque	315
B. Remboursements immédiats et Garantie des Dépôts	315
C. Elaboration et mise en œuvre du plan d'assainissement	316
1. Actes préparatoires	316
1.1 Inventaire et établissement du passif	316
1.1.1 Actif	317
1.1.2 Passif	317
1.1.3 Dettes de masse	318
2. Consultation des créanciers et des propriétaires	318
2.1 Conditions	318
2.2 Forme	320
2.3 Exigences formelles et matérielles relatives aux objections	321
2.4 Critique du système	321
3. Calcul des majorités	322
4. Le plan d'assainissement en détail	323
4.1 Préambule	323
4.2 But et caractéristiques générales	323
4.3 Caractère plus favorable qu'une faillite (art. 31 lit. b LB)	324

4.4	Prise en compte des objections (art. 31 lit. c LB)	325
4.5	Respect des privilèges et traitement préférable des créanciers (art. 31 lit. d LB)	325
4.5.1	Egalité de traitement	325
4.5.2	Ordre de collocation	326
4.5.3	Traitement plus favorable des créanciers face aux propriétaires	327
4.6	Garantie du respect des conditions à l'exercice de l'activité bancaire	327
4.7	Prétentions révocatoires (art. 32 LB)	327
D.	Surveillance de l'exécution du plan d'assainissement	329
Titre 5 : Insolvabilité bancaire internationale		331
<i>Excursus</i> : Perspectives d'évolution		333
A.	Projet de révision de la LP	333
1.	Consolidation procédurale	333
2.	Assainissement ou homologation d'un concordat en tant que finalité du sursis	334
3.	Requête de sursis et moyens de preuve	335
4.	Recours contre la désignation du commissaire provisoire	336
5.	Nouveautés en matière d'actes autorisés par le commissaire	336
5.1	Résiliation des contrats de durée	336
5.2	Irrévocabilité des actes autorisés	337
6.	Droit de participation des créanciers	337
7.	Contribution équitable des titulaires de parts	339
8.	Propositions de modifications supplémentaires	339
8.1	Publication du sursis	339
8.2	Ouverture de la faillite	339
B.	Projet de révision de la LB	340
1.	Ouverture de la procédure d'assainissement	340
2.	Désignation d'un délégué à l'assainissement	340
3.	Contenu du plan d'assainissement	341
Conclusion		343