

# BGer 5A 22/2015 vom 16. März 2015

Bundesgericht, 2015-03-16, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_22\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_22_2015)

FR: TF 5A 22/2015 du 16 mars 2015

IT: TF 5A 22/2015 del 16 marzo 2015

## Regeste

sursis concordataire provisoire | Droit des poursuites et faillites

## Erwägungen

### E. 1

Le 4 septembre 2014, la B. \_\_\_\_\_ ( intimée n° 1 ) a saisi le Tribunal de première instance du canton de Genève d'une requête de sursis concordataire provisoire, subsidiairement de faillite sans poursuite préalable, à l'égard de la société A. \_\_\_\_\_ SA. Deux requêtes analogues ont été présentées par C. \_\_\_\_\_ ( intimée n° 2 ), respectivement par quatorze caisses de prévoyance ( intimés n os

### E. 3

Désigne en qualité de commissaire provisoire au sursis, aux charges de droit selon les articles 293b al. 1 LP: Monsieur R. \_\_\_\_\_, pa. FIDUCIAIRE S. \_\_\_\_\_

### E. 4

Subordonne à l'approbation formelle et préalable du commissaire la validité de toutes les décisions du conseil d'administration de A. \_\_\_\_\_ SA, en particulier celles impliquant l'aliénation ou l'engagement d'éléments de l'actif ou la création de nouveaux passifs et ce jusqu'au 17 avril 2015 et au-delà, jusqu'au jugement final du Tribunal dans la présente procédure.

### E. 4.1

Depuis le 1er janvier 2011 ( cf . art. 130 al. 2 LTF ), le recours en matière civile - comme le recours constitutionnel ( art. 114 LTF ) - n'est recevable qu'à l'encontre des décisions de dernière instance cantonale qui ont été rendues par des tribunaux supérieurs (abstraction faite du Tribunal administratif fédéral et du Tribunal fédéral des brevets) et, sous réserve des exceptions énumérées par l'art. 75 al. 2 let. a à c LTF, sur recours ( ATF 137 III 238 consid. 2.2; 138 III 41 consid. 1.1; 139 III 252 consid. 1.6). Le jugement entrepris, rendu en première instance, ne répond pas aux conditions précitées; reste à déterminer si le recours serait néanmoins recevable pour d'autres motifs.

### E. 4.2

Le présent recours est dirigé à l'encontre d'une décision relative à un sursis provisoire au sens des art. 293a ss LP , dispositions entrées en vigueur le 1er janvier 2014 (RO 2013 4111); cette institution était par ailleurs connue de l'ancienne loi (art. 293 al. 3, 2ème phrase, a LP, dans sa teneur introduite par la LF du 16 décembre 1994). La question de savoir si une telle décision était susceptible de recours était disputée sous l'empire de l'ancien texte ( cf . à ce sujet: HUNKELER, in : Kurzkomentar SchKG, 2e éd., 2014, n° 1

ad art. 293d LP , avec les références citées). Désormais, l' art. 293d LP y apporte une réponse claire: l'octroi du sursis provisoire et la désignation d'un commissaire provisoire ne peuvent pas faire l'objet d'un recours. Cette formulation large exclut tant le recours cantonal que le recours fédéral ( HUNKELER, *ibid.* , n° 7; pour l'ancienne loi: PHILIPPIN, La nouvelle loi sur le Tribunal fédéral - Effets sur le droit des poursuites et faillites, in : JdT 155/2007 II p. 160 ss; contra : HARI, Le commissaire au sursis dans la procédure concordataire, 2010, n° 35, qui évoque le recours immédiat au Tribunal fédéral si la décision est susceptible de causer un préjudice irréparable au sens de l' art. 93 al. 1 let. a LTF ); une voie de recours n'est ouverte qu'à l'encontre de la « décision d'octroi du sursis définitif » (Message relatif à une modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite [droit de l'assainissement], in : FF 2010 p. 5898 ch. 2.7). Le Message ne mentionne certes explicitement que l'exclusion du recours des « créanciers » ( *ibid.* ), mais la teneur neutre du texte légal n'autorise pas de solution différente lorsque le débiteur n'est pas à l'origine de la requête ( cf . HUNKELER, *ibid.* , n° 7). L'analogie que propose la recourante avec la solution consacrée pour la décision en procédure sommaire ( art. 251 let . d CPC) sur le retour à meilleure fortune ( art. 265a al. 1 LP ) n'est pas déterminante. La norme en discussion - qui prévoit que pareille décision « n'est sujette à aucun recours » - a été modifiée à l'occasion de l'entrée en vigueur du Code de procédure civile du 18 décembre 2008 (CPC), dont la vocation n'est pas de régler les voies de recours au Tribunal fédéral. D'ailleurs, la loi ne fait que codifier la jurisprudence relative à l'ancien texte ( ATF 138 III 130 consid. 2.2 et les références), laquelle se rapportait à l'exclusion des voies de recours cantonales ( ATF 126 III 110 consid. 1b [« jegliche kantonale Rechtsmittel »], qui se fonde sur le Message du CF: FF 1991 III p. 183 [« toute voie de droit cantonale ordinaire ou extraordinaire est exclue »]). En outre, la partie recourante n'est pas admise à discuter les conditions matérielles du retour à meilleur fortune, lesquelles doivent être tranchées dans l'action prévue par l' art. 265a al. 4 LP ( ATF 134 III 524 consid. 1.3, avec les citations). Enfin, la décision sur la répartition des frais et dépens de la procédure sommaire ne peut être soumise au Tribunal fédéral directement, mais doit préalablement faire l'objet d'un recours au sens des art. 319 ss CPC ( ATF 138 III 130 consid. 2.2; arrêt 5A\_295/2013 du 17 octobre 2013 consid. 1.1, non publié à l' ATF 139 III 498 ).

#### **E. 4.3**

Une partie de la doctrine estime, il est vrai, que la désignation du commissaire provisoire pourrait être contestée en présence de motifs de récusation ( LORANDI, Ein- und Ausstieg der Nachlassstundung nach neuem Recht, in : St. Galler SchKG-Tagung, 18. September 2014, p. 4; SCHWANDER, Aspekte des Verfahrens vor Nachlass- und Konkursgericht, in : Das neue Sanierungsrecht, 8. November 2013, p. 8 ch. III). Il n'y a pas lieu de se prononcer sur cet avis, dont les auteurs ne préconisent nullement un recours direct au Tribunal fédéral. Autant qu'une voie de recours existe pour se plaindre de la personne - et non de l'institution même - du commissaire provisoire (imprécis: FF 2010 p. 5898 ch. 2.7), ce ne peut être d'abord que le recours au sens des art. 319 ss CPC ( cf . art. 50 CPC et 295c al. 1 LP; HUNKELER, *ibid.* , n° 5). Comme le statut du commissaire provisoire (pendant la phase du sursis provisoire) est identique à celui du commissaire définitif ( art. 293b al. 1 LP ; Hunkeler, *op . cit.* , n° 4 ad art. 293b LP ; cf . pour l'ancienne teneur: ATF 129 III 94 consid. 3), la recourante peut saisir l'autorité judiciaire supérieure en matière de concordat ( i.e. Chambre civile de la Cour de justice [art. 120 al. 1 let. b LOJ/GE; E 2 05) pour remettre en cause la qualification ou l'objectivité du commissaire ( cf . ATF 103 Ia 76 consid. 4b; cf . sur cette question: HARI, *op . cit.* , nos 64 ss et les citations). Il s'ensuit que le moyen pris

d'une violation de l' art. 10 LP , en raison de l'absence « d'indépendance » du commissaire provisoire nommé, s'avère irrecevable faute d'épuisement des instances cantonales.

#### **E. 4.4**

La recourante conteste en outre la mise à sa charge de « l'avance pour la couverture des frais et honoraires du commissaire provisoire »; elle soutient qu'une telle obligation incombait aux requérants. Cette problématique n'est pas visée par la loi. D'après la jurisprudence, les décisions des autorités concordataires ne peuvent pas faire l'objet d'une plainte ou d'un recours au sens des art. 17 ss LP ( ATF 120 III 107 consid. 3). Les questions concernant l'avance de frais (montant, débiteur, etc.) doivent dès lors être liquidées dans le cadre du recours en nullité ( cf . art. 319 ss CPC et art. 295c al. 1 LP ), à l'instar d'autres décisions rendues dans le contexte de l'octroi d'un sursis provisoire qui ne tombent pas sous l'énumération légale ( cf . HUNKELER, op . cit ., nos 3, 4, 5 et 6 ad art. 293d, avec les exemples cités).

#### **E. 4.5**

Dans un dernier moyen, la recourante se plaint d'une application arbitraire des art. 293a LP et 112 LTF, le Tribunal ayant fait débiter les effets du sursis provisoire avant que son jugement ne soit motivé. Ce grief se fonde sur la prémisse que la décision accordant le sursis provisoire est susceptible d'un recours direct au Tribunal fédéral, ce qui n'est précisément pas le cas ( cf . supra , consid. 4.2). 5. En conclusion, le recours doit être déclaré irrecevable, aux frais de la recourante ( art. 66 al. 1 LTF ). Celle-ci succombe largement quant au sort de sa requête d'effet suspensif, de sorte qu'il y a lieu d'allouer aux intimés des dépens de ce chef ( art. 68 al. 1 et 2 LTF ). La présente décision a rendu sans objet la requête tendant au maintien de l'effet suspensif accordé par ordonnance du 29 janvier 2015.

#### **E. 5**

Précise que la mission du commissaire consistera notamment à surveiller le déroulement des activités de la société pendant la durée du sursis provisoire, à prendre toutes les mesures utiles à la conservation des actifs de la société, à contrôler que les charges d'exploitation de celle-ci soient couvertes, à assurer le respect du principe de l'égalité de traitement entre les créanciers et l'invite au surplus spécifiquement: a) à faire établir aux frais de A. \_\_\_\_\_ SA, un bilan aux valeurs de continuation et de liquidation et des comptes audités pour 2014, ainsi qu'un état financier intermédiaire au 28 février 2015, comprenant un état détaillé des actifs (indiquant pour chacun d'eux leur caractère liquide ou non, à court ou moyen terme, ainsi que leur valeur de réalisation) ainsi qu'un état détaillé des passifs, cas échéant après l'inscription des provisions complémentaires qui s'imposent en raison des incertitudes liées aux diverses procédures civiles et pénales en cours; b) mener toute action utile en vue de la valorisation des actifs, notamment quant au recouvrement de créances vis-à-vis de tiers; c) veiller à ce que le conseil d'administration de A. \_\_\_\_\_ SA lui soumette pour approbation préalable tout acte de gestion impliquant l'aliénation ou l'engagement d'éléments de l'actif ainsi que la création de nouveaux passifs; d) faire toutes constatations utiles et propositions au Tribunal dans la perspective éventuelle de l'octroi ou non d'un sursis définitif.

#### **E. 6**

Dit qu'aucune poursuite ne pourra être exercée pendant la durée du sursis provisoire contre A. \_\_\_\_\_ SA.

**E. 7**

Invite A. \_\_\_\_\_ SA à verser auprès des Services financiers du Pouvoir judiciaire d'ici au 9 janvier 2015 la somme de CHF 40'000.- à titre d'avance pour la couverture des frais et honoraires du commissaire provisoire.

**E. 8**

Autorise ce dernier à attendre le versement de cette avance avant de commencer ses travaux.

**E. 9**

Invite le commissaire provisoire à informer le Tribunal si le montant de l'avance ne devait pas suffire à couvrir le coût prévisible de son intervention.

**E. 10**

Invite le commissaire à déposer, le 18 mars 2015 au plus tard, un rapport de son activité et de ses constatations, y compris son pronostic et ses conclusions sur les modalités concrètes d'un éventuel assainissement de A. \_\_\_\_\_ SA, dans la perspective d'un sursis définitif mais aussi à terme d'une sortie du surendettement ainsi que le cas échéant un plan d'assainissement détaillé ou une proposition de concordat.

**E. 11**

Invite le commissaire provisoire à informer sans délai et en tout temps le Tribunal si les conditions à l'octroi du sursis provisoire ne devaient plus être réunies et le présent sursis provisoire révoqué.

**E. 12**

Ordonne la convocation des parties et du commissaire provisoire à l'audience du mercredi 25 mars 2015, à 15 h. 00, salle B4, Palais de Justice, 1, place du Bourg-de-Four, 1204 Genève.

**E. 13**

Ordonne la publication des chiffres 2 à 6 du présent dispositif dans la FAO et la FO SC, aux frais et à charge de A. \_\_\_\_\_ SA.

**E. 14**

Condamne A. \_\_\_\_\_ SA aux frais de publication du présent jugement dans la FAO et la FO SC ainsi qu'à un émolument judiciaire de CHF 1'000.-. Dit que ces frais sont compensés à due concurrence avec l'avance opérée en mains du Tribunal par les requérantes. Condamne en conséquence A. \_\_\_\_\_ SA à rembourser aux requérantes, prises solidairement, la somme de CHF 1'000.-

**E. 15**

Condamne A. \_\_\_\_\_ SA à verser au titre de dépens à chacune des requérantes la somme de CHF 2'682.- TTC.

**E. 16**

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

**E. 17**

Ordonne la communication du présent jugement aux parties, au commissaire, à l'Office des poursuites et à l'Office des faillites." 2. A réception du dispositif de cette décision, la recourante, par acte du 22 décembre 2014, a formé une «[r]equête d'effet suspensif (préalable à un recours en matière civile) », puis a déposé un recours en matière civile au Tribunal fédéral le 9 janvier 2015. Après la communication des motifs, elle a interjeté le 20 février 2015 un recours en matière civile, concluant à l'annulation du jugement du Tribunal de première instance de Genève du 17 décembre 2014 et au déboutement des intimés des conclusions de leurs requêtes. Les intimés proposent le rejet de la requête d'effet suspensif; ils n'ont pas été invités à se déterminer sur le fond. Par ordonnance présidentielle du 29 janvier 2015, l'effet suspensif a été attribué au recours uniquement en ce qui concerne le paiement de l'avance de frais destinée à la couverture des frais et des honoraires du commissaire provisoire et refusé pour le surplus. 3. Quoi qu'en pense la recourante, la communication des motifs de la décision entreprise n'a pas ouvert une nouvelle procédure qui serait « connexe » à celle qu'aurait entraînée le dépôt de la requête d'effet suspensif et à laquelle elle devrait être « jointe », étant précisé que l'acte du 22 décembre 2014 ne constitue clairement pas un « recours ». 4.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.