

Urteilkopf

141 III 188

27. Extrait de l'arrêt de la IIe Cour de droit civil dans la cause A. SA contre Fondation B. et consorts (recours en matière civile) 5A_22/2015 du 16 mars 2015

Regeste (de):

Art. 75 BGG, Art. 293d SchKG; Erschöpfung des kantonalen Instanzenzugs, provisorische Nachlassstundung.

Zulässigkeit der Beschwerde in Zivilsachen gegen Entscheide betreffend die provisorische Nachlassstundung (E. 4).

Regeste (fr):

Art. 75 LTF, art. 293d LP; épuisement des instances cantonales, sursis concordataire provisoire.

Recevabilité du recours en matière civile contre les décisions relatives au sursis concordataire provisoire (consid. 4).

Regesto (it):

Art. 75 LTF, art. 293d LEF; esaurimento delle istanze cantonali, moratoria concordataria provvisoria.

Ammissibilità del ricorso in materia civile contro le decisioni relative alla moratoria concordataria provvisoria (consid. 4).

Sachverhalt ab Seite 188

BGE 141 III 188 S. 188

Le 4 septembre 2014, la Fondation B. 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., respectivement par quatorze caisses de prévoyance. Statuant le 17 décembre 2014 sur ces requêtes, le Tribunal a rendu la décision suivante: "1. ...

2. Ordonne un sursis concordataire provisoire en faveur de A. SA, déployant ses effets jusqu'à droit jugé sur requête de sursis concordataire définitif, mais pour une durée de quatre mois au plus, soit jusqu'au 17 avril 2015, en vue d'élaborer un bilan et un compte de pertes et profits audités 2014, ainsi qu'un plan d'assainissement ou une proposition de concordat et de fournir au Tribunal toute information de nature à permettre de statuer définitivement en vue soit d'un sursis définitif soit d'une faillite.

BGE 141 III 188 S. 189

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

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. 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. 6. Dit qu'aucune poursuite ne pourra être exercée pendant la durée du sursis provisoire contre A. SA. 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. 8. (...)

9. (...)

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

BGE 141 III 188 S. 190

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. 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. 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. 13. Ordonne la publication des chiffres 2 à 6 du présent dispositif dans la FAO et la FOSC, aux frais et à charge de A. SA. 14. (Frais)

15. (Dépens)

16. (...)

17. (Communication)

Le Tribunal fédéral a déclaré irrecevable le recours en matière civile formé par A. SA à l'encontre de cette décision. (résumé)

Erwägungen

Extrait des considérants:

4.

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-c LTF, sur recours (ATF 137 III 238 consid. 2.2; ATF 138 III 41 consid. 1.1; ATF 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.

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 (ancien art. 293 al. 3, 2e phrase, 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: HUNKELENER, in SchKG, 2e éd. 2014, n° 1 ad art. 293d LP avec les

BGE 141 III 188 S. 191

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 (HUNKELENER, *ibid.*, n° 7 ad art. 293d LP; pour l'ancienne loi: PHILIPPIN, La nouvelle loi sur le Tribunal fédéral, Effets sur le droit des poursuites et faillites[supplément hors édition], JdT 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 du 8 septembre 2010 relatif à une modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite [droit de l'assainissement], FF 20105898 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 ad art. 293d LP). 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 8 mai 1991 concernant la révision de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, FF 1991 III 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; BGE 141 III 188 S. 192

arrêt 5A_295/2013 du 17 octobre 2013 consid. 1.1, non publié à l'ATF 139 III 498).

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, 2014, p. 4; SCHWANDER, Aspekte des Verfahrens vor Nachlass- und Konkursgericht, in Das neue Sanierungsrecht, 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 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 ad art. 293 LP). 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; rs/GE E 2 05) pour remettre en cause la qualification ou l'objectivité du commissaire (cf. ATF 103 la 76 consid. 4b; cf. sur cette question: HARI, op. cit., n. 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.

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 3-6 ad art. 293d LP avec les exemples cités).