

S. 353 / Nr. 65 Rechtsgleichheit (Rechtsverweigerung) (f)

BGE 74 I 353

65. Arrêt de la IIe Cour civile statuant comme Cour de droit public, du 11 novembre 1948 dans la cause Gentili et Marine Trading and Manufacturing Co. contre Les Fils d'Armand Spira.

Seite: 353

Regeste:

Concordat par abandon d'actif. Art. 306 LP; loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne, du 8 novembre 1934; ordonnance du Tribunal fédéral concernant la procédure de concordat pour les banques et les caisses d'épargne, du 11 avril 1935; art. 51 de l'ordonnance du Conseil fédéral atténuant à titre temporaire le régime de l'exécution forcée, du 24 janvier 1941.

1. Le jugement qui homologue un concordat par abandon d'actif est susceptible de faire l'objet d'un recours de droit public pour violation de l'art. 4 Cst, même de la part d'un créancier étranger habitant l'étranger.

2. Conditions auxquelles doit satisfaire un concordat par abandon d'actif.

Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung. Art. 306 SchKG; BG vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen; VO des Bundesgerichts vom 11. April 1935 betreffend das Nachlassverfahren von Banken und Sparkassen, Art. 51 der bundesrätlichen VO vom 24. Januar 1941 über vorübergehende Milderungen der Zwangsvollstreckung.

1. Der Entscheid, durch den die Nachlassbehörde einen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung bestätigt, kann mit staatsrechtlicher Beschwerde wegen Verletzung von Art. 4 BV angefochten werden, und zwar auch von einem im Ausland wohnhaften Ausländer.

2. Voraussetzungen für die Bestätigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung.

Concordato con abbandono dell'attivo. Art. 306 LEF; LF 8 novembre 1934 su le banche e le casse di risparmio; regolamento 11 aprile 1935 del Tribunale federale concernente la procedura del

Seite: 354

concordato per lo banche e le casse di risparmio; art. 51 dell'ordinanza 24 gennaio 1941 del Consiglio federale che mitiga temporaneamente le disposizioni sull'esecuzione forzata.

1. Il giudizio che omologa un concordato con abbandono dell'attivo può essere impugnato mediante ricorso di diritto pubblico per violazione dell'art. 4 CF anche da parte di un creditore straniero che abita all'estero.

2. Condizioni alle quali deve soddisfare un concordato con abbandono dell'attivo.

A. La Société en nom collectif «Les fils d'Armand Spira» a proposé à ses créanciers un concordat contenant les clauses suivantes:

«I. Paiement des créances.

Paiement: 100 % net de toutes commissions ou autres frais.

Le taux de l'intérêt de toutes les créances chirographaires est unifié à 2 % l'an, à compter de l'homologation du concordat passée en force.

II. Délais de paiement.

Le paiement des créances chirographaires se fera au cours et au plus tard à la fin du délai de deux ans et un mois à compter du jour de l'homologation passée en force du concordat.

III. Garanties.

Le concordat est garanti par les actifs de la débitrice, la société en nom collectif Les Fils d'Armand Spira, sous réserve des droits conférés à des tiers.

Pour créer la plus grosse entité économique possible avec les actifs sains de la société débitrice, les soustraire à tous risques inhérents à la structure même de la société en nom collectif et assurer ainsi la continuité de l'exploitation industrielle et commerciale, une Société anonyme sera constituée pour le jour de l'homologation, conformément au projet de statuts ci-annexé. Pour garantir l'exécution du concordat, toutes les actions, moins les 7 titres des 7 administrateurs, seront déposées entre les mains de la Société Fiduciaire Romande Of or S. A., 9, rue d'Italie à Genève qui les gèrera à titre de fidéi-commissaire pour le compte de la communauté des créanciers. Ce mandat de fidéi-commissaire ne sera limité que dans la mesure des prescriptions du concordat et il ne pourra en aucun cas être résilié avant l'expiration du délai de 2 ans et 1 mois fixé par l'art. II ci-dessus. Sont réservés les droits qui pourraient être conférés à un tiers en faveur duquel serait constitué un droit de gage sur ces actions contre avance de fonds, étant entendu que le créancier gagiste ne pourra exercer ces droits qu'en observant les dispositions du présent concordat.

Le Conseil d'administration de la nouvelle Société anonyme comprendra pour deux périodes d'une

année les personnes suivantes:

1 président en la personne de M. Ernest Ilg, directeur à Genève,
4 administrateurs représentant les créanciers, à désigner par l'assemblée générale constitutive et
2 administrateurs représentant la société débitrice, désignés par Messieurs André et Henry Spira, mais en dehors d'eux-mêmes ou

Seite: 355

leur parenté, sans que ces 2 administrateurs aient pouvoir de représenter la société.

Sont prévus comme représentants des créanciers:

Messieurs Georges Capitaine, Emile Duperrex, Rodolphe Kaufmann et Wilhelm Scholz, qui constituent la commission consultative en fonction depuis le mois de juin 1947. Les représentants de la société débitrice seraient MM. Pierre Billieux, avocat à Porrentruy, et Samuel Grandjean, ingénieur à Aarau.

Ainsi les créanciers obtiennent une garantie supplémentaire, puisque l'administration de la nouvelle Société anonyme, qui englobe les avoirs libres et les actifs immobiliers de la société débitrice, leur est confiée pour une part déterminante et d'une façon irrévocable pendant toute la durée du concordat, sous réserve du droit de rachat accordé à MM. André et Henry Spira au chiffre V ci-dessous.

IV. Versements aux créanciers.

Le concordat sera exécuté par paiement d'acomptes échelonnés, fixés selon les disponibilités, au gré de l'organe d'exécution, et payés avec les fonds provenant de:

- a) les résultats de l'exploitation de l'usine (dividendes de la S.A.),
- b) le surplus du produit de la réalisation des gages
- c) la récupération sur la créance contre M. André Spira,
- d) l'avance éventuelle d'un tiers sur le capital-actions de la S.A.,
- e) la reprise contre espèces du capital-actions de la S.A. par MM. André et Henry Spira, selon art. V,
- f) la vente des actions de la S.A. à l'expiration du délai de 2 ans, conformément à l'art. VI, lit. d).

V.

L'organe d'exécution du concordat pourra, quand il le désirera, au cours du délai de 2 ans et 1 mois, exiger la signature de la société en nom collectif Les Fils d'Armand Spira pour lui seul, comme il est prévu au chiffre VI ci-après.

Pendant un délai de 2 ans à compter de l'homologation passée en force, Messieurs André et Henry Spira pourront, n'importe quand, reprendre ou faire racheter par une personne de leur libre choix, et seulement en bloc, les actions de la Société anonyme, y compris celles souscrites par les 7 administrateurs, à condition que le prix versé couvre toutes les créances chirographaires de la société en nom collectif Les Fils d'Armand Spira soumises au présent concordat et existant au moment de l'opération ainsi que l'avance éventuellement consentie sur ces actions. Si lesdites créances chirographaires ne sont pas remboursées intégralement dans le délai de deux ans à compter de l'homologation passée en force, l'organe d'exécution du concordat devra, au cours du 25^e mois, vendre en bloc ou séparément les actions de la société anonyme pour payer les créances chirographaires du concordat existant à ce moment-là, sauf abandon exprès des dites créances par les créanciers ou, si cette vente se révélait irréalisable aux conditions fixées ci-dessus, répartir ces actions aux créanciers au prorata de leurs créances; les actions ne peuvent en aucun cas être vendues par l'organe d'exécution du concordat avant la fin du délai de deux ans à compter de l'homologation passée en force, sous réserve du droit de MM. Spira déjà mentionné. En revanche, elles pourront être remises en gage par l'organe d'exécution du

Seite: 356

concordat en vue d'obtenir des fonds liquides destinés exclusivement au remboursement des créances chirographaires du présent concordat.

VI. Exécution du concordat.

Pour assurer l'exécution du concordat, M. Ernest Ilg, à Genève, est désigné comme organe d'exécution, avec faculté de désigner un suppléant qui, dans ses fonctions, aura les mêmes droits et les mêmes obligations que lui.

a) A cet effet M. Ilg doit pendant le délai de deux ans et un mois fixé par le présent concordat surveiller la gestion de la Société en nom collectif Les Fils d'Armand Spira, débitrice; il pourra au besoin exiger et recevoir d'une façon irrévocable de la part des associés la signature sociale de la Société en nom collectif Les Fils d'Armand Spira, avec droit de substitution, n'importe quand au cours du délai de deux ans et un mois fixé par le présent concordat. Tant la société débitrice que chacun des associés personnellement s'engagent à accorder la signature susmentionnée à M. Ernest Ilg et cela à titre exclusif si l'organe d'exécution du concordat l'exige.

b) Pour la durée de deux ans et un mois fixée par le concordat la, Société Fiduciaire Romande Ofor

S. A. reçoit et gère à titre irrévocable comme fidéi-commissaire les actions de la nouvelle Société anonyme, moins celles que les administrateurs devront déposer dans les coffres de la Société, sous réserve du droit de libération directe ou indirecte qui est concédé à Messieurs André et Henry Spira aux conditions énoncées au chiffre V, 2^e alinéa ci-dessus; pendant la durée de deux ans et un mois, Ofor exercera ès-qualité et directement tous les droits attachés aux actions avec l'obligation de maintenir pour deux périodes d'un an, un Conseil d'administration de 7 membres composé comme déjà dit au chiffre III, alinéa 3 ci-dessus et sous réserve des droits qui pourraient être concédés à un tiers consentant une avance de fonds contre nantissement de ces actions, étant entendu que ce tiers ne pourra exercer ces droits qu'en observant les dispositions du présent concordat.

c) L'organe d'exécution du concordat est en outre chargé d'une façon irrévocable de procéder à la réalisation au mieux de tous les autres actifs de la société débitrice qui n'auront pas fait l'objet de l'apport contre actions à la S. A. à constituer et de prendre toutes mesures administratives ou judiciaires utiles à cet effet.

d) Dès et au cours du 25^e mois du délai fixé par le concordat, l'organe d'exécution du concordat devra procéder à la vente des actions en bloc ou séparément, ou à leur répartition aux créanciers, conformément à l'art. V al. 2 ci-dessus.

e) L'organe d'exécution du concordat devra tenir les créanciers au courant de l'exécution du concordat par des rapports écrits semestriels, lui ou son suppléant pourra convoquer les créanciers en assemblée et leur demander de décider de certaines mesures à prendre dans le cadre du présent concordat; la convocation de l'assemblée des créanciers se fera par insertion dans la «Feuille Officielle Suisse du Commerce» dix jours au moins avant la réunion; l'assemblée prendra ses décisions au nom de la masse concordataire à la majorité des 2/3 des créances représentées à l'assemblée.

Seite: 357

f) L'organe d'exécution du concordat a la faculté de s'entourer d'un ou de plusieurs conseillers à choisir parmi les créanciers ou leurs représentants qui formeront une commission consultative adjointe à l'organe d'exécution.

VII. Révocation du concordat.

En cas d'inexécution de l'une ou l'autre des clauses du présent concordat par la société débitrice ou par ses associés individuellement, les créanciers cèdent d'ores et déjà à l'organe d'exécution leur droit individuel de demander au juge la révocation du concordat sans les avoir consultés au préalable, tout en conservant cependant la possibilité d'agir individuellement selon l'art. 315 L.P.D.»

Ce projet a été accepté par une grande majorité des créanciers, dont les créances représentaient le 94 % du montant total des dettes, celles-ci s'élevant à plus de sept millions de francs.

Le concordat a été homologué successivement par le Président du Tribunal de Delémont et, sur recours de deux créanciers: Dino Gentili et Marine Trading and Manufacturing Co, à Milan, par l'Autorité de surveillance des offices de poursuites pour dettes et de faillites du canton de Berne, jugeant en qualité d'autorité supérieure en matière de concordat. L'autorité de surveillance a ordonné en outre la consignation à la Recette du district de Porrentruy de tous les dividendes afférents aux créances contestées.

Cette décision est motivée en résumé de la manière suivante:

Sous chiffre IV, le concordat prévoit que ces créanciers seront remboursés par acomptes au 100 % dans le délai de 25 mois, ce qui équivaut à un sursis. La débitrice renonce cependant au droit de disposer de son actif qui doit être investi dans une société anonyme spécialement constituée à cet effet, les actions de cette société devant être remises à une société fiduciaire dont le directeur assume les fonctions d'organe exécutif du concordat et est autorisé à les vendre ou à les répartir proportionnellement entre les créanciers au cas où les dettes ne seraient pas amorties dans les 25 mois en question. On peut donc qualifier le concordat de concordat par abandon d'actif. La combinaison d'un sursis et d'une liquidation est d'ailleurs licite;

Seite: 358

il suffit pour cela que la somme offerte soit en rapport avec les ressources du débiteur. Suivant l'art. 51 de l'ordonnance du Conseil fédéral atténuant à titre temporaire le régime de l'exécution forcée, du 24 janvier 1941 (désignée ci-dessous en abrégé: OCF du 24 janvier 1941), le contenu et les effets du concordat se déterminent en conséquence d'après les articles correspondants de l'ordonnance du Tribunal fédéral du 11 avril 1935 concernant la procédure de concordat pour les banques et les caisses d'épargne (désignée ci-dessous en abrégé: OTF).

Le fait que le concordat prévoit en l'espèce la constitution d'une société anonyme ne s'oppose pas à l'homologation. L'art. 41 OTF admet cette solution à titre d'exception, pour peu qu'elle réponde à la fois à l'intérêt public et aux intérêts bien compris de l'ensemble des créanciers. Or le concordat tend en premier lieu au remboursement en espèces et à titre subsidiaire seulement à la répartition des

actions. Il répond également à l'intérêt public.

D'après l'art. 306 ch. 1 LP, l'homologation d'un concordat est subordonnée à la condition que le débiteur n'ait commis au détriment de ses créanciers aucun acte déloyal ou de grande légèreté. Aucun acte déloyal n'a été commis. En revanche, on peut reprocher à l'un des associés, André Spira, des actes de grande légèreté, mais le reproche de légèreté en affaires n'est pas suffisant pour empêcher l'homologation du concordat quand on prend également en considération les intérêts des créanciers. Certes, l'art. 306 al. 1 LP ne fait pas cette distinction, mais les dispositions des art. 293 et suiv. LP ne concernent que le concordat-dividende. En revanche, lorsqu'il s'agit d'un concordat par abandon d'actif proposé par une société d'une certaine importance, on ne saurait négliger les intérêts des créanciers. Cela correspond à la tendance actuelle de la législation et de la jurisprudence. L'art. 37 al. 6 de la loi fédérale sur les banques exige la double condition que le concordat satisfasse aux exigences de l'art. 306 LP et qu'il soit plus avantageux pour les créanciers que ne le serait

Seite: 359

une faillite. Cette solution n'est pas heureuse, car a souvent des actes déloyaux ou d'une grande légèreté ont été commis et cependant le concordat devrait être homologué eu égard aux intérêts des créanciers». L'art. 11 lettre b ACF du 17 avril 1936, modifié par l'ACF du 13 juillet 1937 concernant l'assainissement des banques, va encore plus loin, car il permet de ne pas imputer à la banque la faute de ses organes si son assainissement est dans l'intérêt de l'économie et dans celui des créanciers. Bien que l'art. 37 al. 6 de la loi sur les banques ne soit pas applicable aux concordats ordinaires, il indique cependant quels sont, des deux facteurs: intérêt des créanciers et indignité du débiteur, celui qui doit prévaloir. Lorsque les avantages d'un concordat l'emportent pour les créanciers sur la faillite, un refus d'homologuer aurait des conséquences plus graves pour eux que pour le débiteur. En l'espèce, les créanciers ont un intérêt évident à l'homologation; preuve en soit que des adhésions ont été données pour le 94 % des créances. De plus, l'avenir de 350 ouvriers est en jeu. Si le concordat est homologué, ils seront assurés d'avoir du travail, ce qui ne serait pas le cas, du moins pour un temps très long, si la faillite doit être prononcée.

Les clauses du concordat garantissent son exécution de façon satisfaisante. On ne pourrait exiger des sûretés que si le concordat prévoyait le paiement d'un dividende maximum en sus de l'abandon de l'actif. Mais en l'espèce, les créanciers ne renoncent pas à faire valoir les créances qui ne seraient pas couvertes par le paiement d'acomptes et la vente des actions; ils conservent au contraire le droit de réclamer le découvert éventuel. On ne saurait demander plus.

La commission des créanciers n'est pas un organe impérativement exigé par la loi, et l'on ne voit pas pour quelle raison le liquidateur ne pourrait pas être désigné déjà dans le projet de concordat au lieu d'être nommé par l'assemblée des créanciers.

B. Dino Gentili et Marine Trading and Manufacturing

Seite: 360

Co ont interjeté contre le jugement de l'autorité de surveillance un recours de droit public fondé sur l'art. 4 Cst. Les recourants soutiennent que les droits que leur confère cette disposition ont été violés «par une fausse application de la loi» et en ce sens a que divers états de fait ont été soumis arbitrairement à une disposition légale», se réservant de donner toutes précisions dans l'examen particulier de chacun des cas de violation ou d'interprétation de la loi».

Leurs moyens seront indiqués en tant que de besoin dans les considérants ci-dessous.

La société intimée a conclu au rejet du recours.

Considérant en droit:

1. La société intimée a conclu à l'irrecevabilité du recours en contestant que l'arrêt attaqué soit susceptible de faire l'objet d'un recours de droit public, en prétendant, en second lieu, que les recourants n'auraient aucune créance à faire valoir contre elle personnellement et en excipant enfin de leur nationalité italienne. Ces moyens ne sont pas fondés.

Ainsi qu'on l'a relevé dans l'arrêt Jaggi S. A. contre Conseil d'Etat soleurois (RO 60 I 369), le recours de droit public est ouvert contre les actes d'autorité de la puissance publique qui astreignent une personne à faire, à ne pas faire ou à tolérer quelque chose. Or on ne saurait sérieusement contester qu'un jugement qui homologue un concordat ne soit un acte de cette catégorie, puisqu'il lie et oblige les créanciers.

Comme il n'est pas possible de trancher définitivement dans une procédure de concordat la question de savoir si celui qui se dit créancier du débiteur l'est réellement ou non et que cependant on ne saurait admettre qu'il suffise d'une simple contestation de la créance de la part du débiteur pour priver le prétendu créancier du droit de recourir contre le jugement d'homologation ou même de

Seite: 361

l'attaquer par la voie du recours de droit public, il faut admettre que le seul cas où la question de la

recevabilité de ces recours peut être utilement soulevée est celui dans lequel on aurait de sérieux motifs de suspecter la qualité de créancier du recourant, autrement dit de supposer qu'il se l'est arrogée à seules fins d'intervenir dans la procédure et de faire échouer le concordat pour des raisons étrangères à l'affaire. Or, en l'espèce, l'intimée ne prétend rien de tel, et l'autorité de surveillance cantonale a du reste ordonné la consignation de tous les dividendes afférents aux créances contestées jusqu'à droit connu sur les procès auxquels elles pourront donner lieu.

Quant au moyen tiré de la nationalité des recourants, il se heurte à la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, selon laquelle le droit d'interjeter un recours de droit public pour déni de justice formel ou application arbitraire de la loi de la part d'une autorité judiciaire est accordé aux étrangers aussi bien qu'aux nationaux (RO 38 I 3 consid. 2; 40 I 15; 41 I 148 in fine; 48 I 285 consid. 1; 74 I 99) 2. a) Aux termes de l'art. 90 al. 1 lettre b OJ, l'acte de recours doit contenir un exposé succinct des droits constitutionnels violés, précisant en quoi consiste la violation.

En ce qui concerne le moyen tiré de l'art. 13 al. 2 OCF du 24 janvier 1941, le recours ne satisfait pas à ces conditions, car si les recourants allèguent bien que c'est en violation de l'art. 13 al. 2 OCF que l'intimée a obtenu le concordat, ils ne prétendent nullement que l'interprétation que l'autorité de concordat a donnée de cette disposition soit arbitraire. Il n'y a donc pas lieu de s'arrêter à ce premier grief, qui est du reste mal fondé.

b) Les recourants prétendent qu'en jugeant que le fait que l'un des associés avait commis des actes de grande légèreté ne suffisait pas pour exclure l'homologation du concordat lorsque celle-ci était dans l'intérêt des créanciers, l'autorité cantonale a jugé en violation manifeste

Seite: 362

des dispositions légales applicables, c'est-à-dire des art. 306 ch. 1 LP et 51 OCF du 24 janvier 1941. Si l'on rapproche ce moyen des griefs formulés au début du recours, on peut le considérer comme recevable, et il est incontestablement fondé. Homologuer un concordat alors que le débiteur qui le propose a commis au détriment de ses créanciers des actes déloyaux ou de grande légèreté, c'est juger contrairement au sens clair et net de l'art. 306 LP. Les arguments avancés par l'autorité cantonale ne résistent pas à l'examen. Certes, l'art. 11 lettre b de l'ACF du 17 avril 1936, dans sa teneur actuelle, autorise-t-il le juge à faire abstraction, dans certaines circonstances, de la condition posée à l'art. 306 ch. 1 LP, mais cette exception n'a été édictée qu'en faveur de certaines banques, celles qui, comme dit le texte actuel de l'art. 1er de l'ACF du 17 avril 1936, jouent un rôle dans l'économie publique de la Suisse, et c'est en méconnaître gravement la portée que d'en étendre l'application à d'autres banques et à plus forte raison à des entreprises d'une autre nature. Aussi bien la loi sur les banques elle-même ne dispense nullement le juge d'examiner si la débitrice a ou non commis des actes déloyaux ou de grande légèreté au préjudice des créanciers. Si elle subordonne bien l'homologation du concordat à la condition que le concordat sauvegarde mieux que la faillite les intérêts de l'ensemble des créanciers, elle ne renonce pas pour autant aux exigences de l'art. 306 LP; tout au contraire, elle dispose expressément que le concordat ne doit être homologué que si les conditions fixées à l'art. 306 LP sont remplies (art. 37 al. 6). On ne voit donc pas ce qui, en l'espèce, pourrait autoriser une dérogation à la règle posée par l'art. 306 ch. 1 LP.

c) Les critiques des recourants s'adressent en outre au contenu même du concordat. A cet égard, leurs griefs peuvent se résumer de la manière suivante:

Si le concordat proposé par le débiteur est un concordat par abandon d'actif, comme l'admet l'autorité cantonale, son homologation aurait dû être refusée, car il ne comporte

Seite: 363

pas de commission des créanciers nommée par l'assemblée des créanciers, ainsi que le prescrit expressément l'art. 24 lettre b OTF modifié par l'art. 51 OCF du 24 janvier 1941. Il s'agit là en effet d'un organe essentiel d'un concordat par abandon d'actif. Le jugement cantonal est donc entaché d'arbitraire sur ce point. D'autre part, l'art. 41 OTF prévoit qu'en règle générale le produit de la réalisation des biens est versé en espèces aux créanciers et que ce n'est qu'exceptionnellement que l'autorité de concordat peut autoriser les liquidateurs à remettre au créancier, à titre de paiement, des papiers-valeurs ou des parts sociales dans de nouvelles sociétés. Encore faut-il que ce mode de règlement réponde à la fois à l'intérêt public et aux intérêts bien compris des créanciers. Or ni l'une ni l'autre de ces conditions ne sont réalisées en l'espèce. L'intérêt public n'est pas en jeu: l'administration de la faillite, si elle est capable, saura maintenir l'exploitation de l'entreprise. D'autre part, d'après le projet de concordat, les actions de la société nouvelle ne seront pas remises immédiatement aux créanciers, mais déposées en mains d'une société fiduciaire qui aura le droit de les engager pour payer le premier acompte du dividende promis. Ainsi, pour sauvegarder leurs droits, les créanciers se verront dans la nécessité de racheter leurs titres. Or racheter ces titres, c'est entrer dans une société dans laquelle une majorité d'actionnaires bridera la minorité. Ce sont du reste quelques gros créanciers qui dirigeraient l'affaire. Cette solution viole «catégoriquement» la loi et lèse

d'une façon inadmissible les intérêts des créanciers.

Ces griefs sont fondés quant à l'essentiel.

Si l'autorité cantonale reconnaît bien que le renvoi de l'art. 51 OCF du 24 janvier 1941 aux dispositions de l'OTF sur le contenu et les effets du concordat par abandon d'actif ne se rapporte pas seulement au chapitre III, mais aussi aux dispositions des chapitres IV à VI sur l'exécution du concordat, la réalisation et la répartition en cas de

Seite: 364

concordat par abandon d'actif, puisqu'aussi bien elle admet l'application de l'art. 41 OTF, il ne reste pas moins que, sur certains points en tout cas, elle méconnaît complètement la portée de la réglementation nouvelle.

Ainsi en est-il tout d'abord de la règle posée à l'art. 24 lettre b OTF, qui veut que le concordat fixe le nombre des membres de la commission des créanciers. Comme le disent très justement les recourants, les mesures énoncées à l'art. 24, pour être désignées par la rubrique marginale sous le titre de «contenu conventionnel», ne sont pas moins impératives que celles de l'art. 23, et si le concordat ne les prévoit pas, il incombe à l'autorité de concordat de les y introduire. La commission des créanciers qui, selon l'art. 51 ACF du 24 janvier 1941, doit être nommée par l'assemblée des créanciers lorsqu'il ne s'agit pas d'une banque, est donc un organe indispensable pour l'exécution du concordat et à défaut duquel, par conséquent, un projet de concordat ne saurait être homologué: aussi bien est-ce à la commission des créanciers, d'après l'art. 28 al. 2 OTF, que doivent être déferées les décisions des liquidateurs autres que celles qui concernent la collocation, les enchères d'immeubles et la répartition (art. 28 al. 3). Il ne saurait donc être question de substituer à une commission des créanciers désignée par l'assemblée des créanciers une commission désignée par le liquidateur lui-même, ainsi qu'il est prévu sous chiffre VI lettre f du projet actuellement en discussion. Au reste, le projet de concordat prévoit sous chiffre VI lettre c que l'organe d'exécution aura également à réaliser les actifs de la débitrice qui n'auront pas fait l'objet de l'apport à la société anonyme à créer, et l'on ne saurait dire par conséquent qu'une fois cette société fondée et constituée, la commission des créanciers n'aurait plus de raison d'être. En outre, il va de soi que, pour tout ce qui aurait trait aux préparatifs de cette constitution, le liquidateur serait normalement soumis à la surveillance de la commission des créanciers.

L'art. 41 OFT dispose qu'en règle générale le produit

Seite: 365

de la réalisation des biens est versé aux créanciers en espèces. Exceptionnellement, l'autorité de concordat peut autoriser les liquidateurs à remettre aux créanciers, à titre de paiement, des papiers-valeurs ou des parts sociales dans de nouvelles sociétés, «en tant, dit l'art. 41, que ce mode de règlement répond à la fois à l'intérêt public et aux intérêts bien compris de l'ensemble des créanciers». On ne saurait reprocher à l'autorité cantonale d'avoir estimé que cette dernière condition était réalisée en l'espèce. On peut admettre que la remise de papiers-valeurs ou de parts sociales dans de nouvelles sociétés à créer se justifie lorsqu'il n'y a pas lieu d'espérer réaliser en bloc, immédiatement et à un prix convenable, l'entreprise du débiteur et qu'à vendre séparément les biens qui la composent, on obtiendrait un résultat moins favorable. C'est sans doute ce qu'à pensé l'autorité cantonale, et cette opinion n'a pas été sérieusement combattue par les recourants. De même doit-on reconnaître que ce n'est pas arbitrairement qu'elle a jugé qu'il y avait un intérêt public à maintenir une exploitation dont le maintien ne serait pas assuré au même degré en cas de faillite.

Pour le surplus, le jugement attaqué appelle les observations suivantes:

Lorsqu'un concordat prévoit que les créanciers renoncent à leurs créances contre l'abandon de l'actif du débiteur, c'est, selon le texte formel de l'art. 21 al. 1 OTF, pour qu'ils opèrent eux-mêmes la réalisation et s'en répartissent le produit. Le débiteur se voit ainsi dépouillé de ses biens et ne conserve plus que le droit de s'intéresser le cas échéant à l'enchère au même titre que n'importe qui et de percevoir l'excédent éventuel de la liquidation. Cette règle s'applique non seulement lorsque les créanciers doivent être payés en espèces sur le produit de la liquidation, mais aussi dans le cas exceptionnel prévu par l'art. 41 OTF. Il faut donc pour cela que les créanciers acquièrent le droit de disposer des biens du débiteur. Ce droit est exercé par l'entremise des liquidateurs (art. 23, 27) qui sont tenus de s'acquitter

Seite: 366

convenablement de leur tâche, sous peine d'engager leur responsabilité envers chacun des créanciers, sans avoir égard à la situation du débiteur, si ce n'est qu'ils doivent éviter de lui causer un préjudice par une liquidation intempestive ou précipitée. C'est aux liquidateurs à fixer le mode et l'époque de la liquidation, d'accord avec la commission des créanciers (art. 34 in fine OTF), et il ne serait pas admissible, par exemple, que, dans l'intérêt du débiteur, ils ne profitassent pas d'une

occasion qui serait avantageuse pour les créanciers. C'est là la contre-partie de l'obligation qu'ont les créanciers de se contenter du produit de la réalisation, quoi qu'il en soit d'ailleurs du point de savoir si le concordat leur assure ou non le droit, précaire du reste, de réclamer une attribution supplémentaire.

Ces considérations s'appliquent tout particulièrement au cas exceptionnel dont parle l'art. 41 OTF. La solution que prévoit cette disposition constitue en effet l'ultime concession qui puisse être faite au débiteur et l'on ne saurait sans tomber dans l'arbitraire l'aggraver encore au détriment de créanciers, en obligeant les créanciers malgré eux à attendre deux ans, comme on l'espère, la délivrance des actions de la nouvelle société à créer, et cela simplement pour laisser au débiteur la possibilité de s'acquitter encore dans l'intervalle de la totalité de ses dettes (selon ce qui est prévu sous chiffre I du projet de concordat) et d'obtenir ainsi la révocation de la cession de ses biens. Si l'on peut obliger une minorité de créanciers à accepter d'être désintéressés au moyen de parts sociales de nouvelles sociétés, c'est à la condition qu'ils soient mis en possession de ces parts sitôt la société constituée. On ne s'explique donc pas que l'autorité cantonale ait pu admettre que les actions de la nouvelle société puissent être données en gage par le liquidateur, sans parler des difficultés que cet engagement est de nature à créer. D'autre part, il est également inadmissible, au regard de l'art. 41 2e phrase, que les créanciers ne puissent, ainsi qu'il résulte de dispositions

Seite: 367

figurant sous chiffre III et VI b, faire entendre leurs voix au sujet de la constitution de la nouvelle société, ni coopérer à la désignation de ses organes, ni même se défaire de leurs actions dans le cas où ils trouveraient leur avantage à s'en défaire ou se verraient dans la nécessité de se procurer de l'argent. Ces dispositions sont en réalité incompatibles avec le mode de règlement prévu par l'art. 41 OTF, car on ne saurait admettre qu'un débiteur auquel on concède la faculté de payer ses dettes par la remise d'actions d'une société à laquelle il est censé abandonner tous ses biens puisse bénéficier en même temps d'un sursis pour s'acquitter de ces mêmes dettes par un paiement effectif. C'est là encore une raison pour laquelle l'autorité cantonale devait, à moins de s'écarter des textes légaux, refuser d'homologuer le projet qui lui était soumis.

Le Tribunal fédéral prononce:

Le recours est admis et le jugement attaqué est annulé