

Commentaire romand - <i>Loi sur le droit international privé,</i> Convention de Lugano 1 ^{re} éd. 2011	Mise à jour Andreas Bucher 5.5.2018
--	--

Chapitre 11 Faillite et concordat

Art. 166-175

Législation

La réforme des dispositions du chapitre 11 est définitivement adoptée. Le texte est publié en vue d'un éventuel référendum qui n'aura pas lieu (FF 2018 p. 1483). Cela signifie qu'une entrée en vigueur est envisageable pour le début 2019. Nos observations figurent à la fin de ce fichier.

Bibliographie

LDIP :

GIORGIO A. BERNASCONI, La reconnaissance des faillites et des concordats étrangers dans la pratique judiciaire tessinoise, *JdT* 162 (2014) II p. 40-62 ; RAPHAEL BRUNNER, Das Bundesgericht entdeckt die Niederlande auf der Karte des internationalen Insolvenzrechts, *ZZZ* 33/34 (2014/2015) p. 56-63 ; DENIZ HALIL DEREN, Unterbrechungswirkung eines schweizerischen Konkurses im deutschen Zivilprozess, *IPRax* 34 (2014) p. 386-390 ; PETER GOTTWALD, Insolvenzzrechtliche Annexverfahren im Verhältnis Deutschland-Schweiz, in *Tatsachen, Verfahren, Vollstreckung*, Festschrift für Isaak Meier, Zurich 2015, p. 249-261 ; MICHAEL GÜNTER, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Insolvenz, Zurich 2011 ; MARJOLAINE JAKOB/RETO HUNSPERGER, Internationales Konkursrecht der Schweiz – Quod Vadis?, *AJP* 26 (2017) p. 1050-1061 ; CHRISTIAN KÖLZ, Internationales Konkursrecht, Prozessführungsbefugnis einer ausländischen Konkursverwaltung, internationale Zuständigkeit für die Beurteilung einer Widerklage, *ZBJV* 149 (2013) p. 744-749 ; JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGO RODRIGUEZ, Internationales Insolvenzrecht [scripte], Berne 2013 ; ROLF KUHN/MARJOLAINE JAKOB, Die ausländische Insolvenzverwaltung in der Schweiz - eine Standortbestimmung, *Jusletter* 13.8.2012 ; MARCO LEVANTE, Rechtshilfe und Zusammenarbeit in grenzüberschreitenden Konkursverfahren, *ZZZ* 38 (2016) p. 168-177 ; FRANCO LORANDI, Grenzüberschreitende Aspekte in der Insolvenz – ausgewählte Fragen, in *Sanierung und Insolvenz von Unternehmen II*, Zurich 2012, p. 31-63 ; VALENTIN RÉTORNAZ, International Cooperation in Bankruptcy: It is Time to Lift the Swiss Isolation, *YPIL* 15 (2013/14) p. 573-608 ; RODRIGO RODRIGUEZ, Rechtsvergleichende Betrachtungen de lege ferenda zum 11. Titel des IPRG, *RSDIE* 25 (2015) p. 399-412.

Révision du Chapitre 11 :

FF 2017 p. 3863-3890 ; ANDREAS BUCHER, Potentatengesetz – Alles klar ?, *Jusletter*, 22 janvier 2018 ; MARJOLAINE JAKOB/RETO HUNSPERGER, Internationales Konkursrecht der Schweiz - Quo Vadis?, *AJP* 26 (2017) p. 1050-1061.

Union européenne :

MASSIMO V. BENEDETTELLI, Cross-Border Insolvency and International Arbitration in the EU: a Playing Field for Regulated Forum Shopping?, *Cahiers* 2012 p. 783-820 ; REINHARD BORK/RENATO MANGANO, *European Cross-Border Insolvency Law*, Oxford 2016 ; LAURA CARBALLO PIÑEIRO, Acción pauliana e integración europea: una propuesta de ley aplicable, *REDI* 64 (2012) p. 43-72 ; GIULIO CESARE GIORGINI, Le centre des intérêts principaux du débiteur insolvable en droit comparé, *RIDC* 64 (2012) p. 867-902 ; FRANCISCO GARCIMARTÍN, The situs of shares, financial instruments and claims in the Insolvency Regulation Recast: seeds of a future EU instrument or rights in rem?, *IPRax* 35 (2015) p. 489-495 ; BURKHARD HESS, Hybride Sanierungsinstrumente zwischen der Europäischen Insolvenzordnung und der Verordnung Brüssel I, in *Festschrift für Rolf Stürner*, t. 2, Tübingen 2013, p. 1253-1261 ; BJÖRN LAUKEMANN, Der ordre public im europäischen Insolvenzverfahren, *IPRax* 32 (2012) p. 207-215 ; ANTONIO LEANDRO, Amending the European Insolvency Regulation to Strengthen Main Proceedings, *RDIPP* 50 (2014) p. 317-340 ; TUULA LINNA, Actio pauliana – „Actio Europensis“?, Some Cross-Border Insolvency Issues, *JPIL* 10 (2014) p. 69-87 ; GERARD McCORMACK, Reforming the European Insolvency Regulation: A Legal and Policy Perspective, *IPIL* 10 (2014) p. 41-67 ; PAOLA NABET, La coordination des procédures d'insolvabilité en droit de la faillite internationale et communautaire, Paris 2010 ; PAUL OBERHAMMER, Europäisches Insolvenzrecht : EUGH Seagon/Deko Marty Belgium und die Folgen, in *Festschrift für Helmut Koziol*, Vienne 2010, p. 1239-1272 ; PHILIPP M. REUSS, « Forum Shopping » in der Insolvenz, Tübingen 2011 ; KARSTEN SCHMIDT (éd.), *Insolvenzordnung, InsO mit EuInsVO*, 18^e éd. Munique 2013 ; CHRISTOPH THOLE, Die neue Europäische Insolvenzverordnung, *IPRax* 37 (2017) p. 213-222 ; MARC-PHILIPPE WELLER, Brennpunkte des Insolvenzkollisionsrechts, in *Grenzen überwinden - Prinzipien bewahren*, Festschrift für Bernd von Hoffmann, Bielefeld 2011, p. 513-526 ; ULRICH M. WOLF, Der europäische Gerichtsstand bei Konzerninsolvenzen, Tübingen 2012 ; JAN-HENNING WYEN, Rechtswahlfreiheit im europäischen Insolvenzrecht, Tübingen 2014.

Droit international privé étranger et comparé :

OLAF BENNING, Internationale Prinzipien für grenzüberschreitende Insolvenzverfahren, Frankfurt a.M. 2013 ; CHRISTOFFER BORTZ, Urheberrechtliche Lizenzen in nationaler und internationaler Insolvenz, Frankfurt a.M. 2012 ; PATRIZIA DE CESARI/GALEAZZO MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera e giurisdizione italiana, Competenza internazionale e riconoscimento delle decisioni*, Assago 2009 ; LOOK CHAN HO (éd.), *Cross-Border Insolvency, A Commentary on the UNCITRAL Model Law*, 3^e éd. Londres 2012 ; ROSA M. LASTRA (éd.), *Cross-Border Bank Insolvency*, Oxford 2011 ; GERARD McCORMACK, *Bankruptcy Forum Shopping: The UK and US as Venue of Choice for Foreign Companies*, *ICLQ* 63 (2014) p. 815-842 ; MARIE-EVE PANCAZI, L'actif étranger du débiteur en procédure collective, *Clunet* 140 (2013) p. 27-43 ; ILARIA PRETELLI, Garanzie del credito e conflitti di leggi, *Lo statuto dell'azione revocatoria*,

Naples 2010 ; IDEM, Cross-Border Credit Protection Against Fraudulent Transfer of Assets, YPIL 13 (2011) p. 589-640 ; RODRIGO RODRIGUEZ, Die Empfehlungen der UNCITRAL zur Behandlung von Gruppeninsolvenzen unter Berücksichtigung der Sanierungsrevision in der Schweiz, ZZPInt 15 (2010) p. 267-296 ; JAN SCHMITZ, Dingliche Mobiliarsicherheiten im internationalen Insolvenzrecht, Baden-Baden 2011 ; ROLF STÜRNER/KAWANO MASANORI (éd.), Cross Border Insolvency, Intellectual Property Litigation, Arbitration and Ordre Public, Tübingen 2011 ; KAI-ALEXANDER THOMÉ, Contractual Trust Agreements aus insolvenzrechtlicher Sicht, Hamburg 2011 ; JOHANNES WEBER, Gesellschaftsrecht und Gläubigerschutz im Internationalen Zivilverfahrensrecht, Tübingen 2011 ; FRAUKE WEDEMANN, Die Regelung des deutschen Eigenkapitalersatzrechts : Insolvenz- oder Gesellschaftsrecht ?, IPRax 32 (2012) p. 226-235.

Jurisprudence récente

ATF 23.1.2017, 5A_76/2016, c. 2 (*La reconnaissance du décret d'une faillite étrangère implique la reconnaissance de la qualité de partie de la masse de faillite étrangère, mais cette décision ne peut faire en l'espèce l'objet d'un recours immédiat au Tribunal fédéral au motif que cela permettrait d'éviter le temps et les frais de la suite de l'instruction de la cause.*)

ATF 19.1.2017, 5A_520/2016, c. 2 (*L'administrateur de la faillite d'une succession ouverte à l'étranger ne peut agir en Suisse en poursuite si le décret étranger de la faillite n'a pas été reconnu en Suisse.*)

ATF 142 III 110 ss (*Droit aux frais judiciaires de la partie dont la requête en reconnaissance d'une faillite étrangère a été rejetée à tort en première instance*)

ATF 141 III 382 ss (*La CL ne régissant pas la collocation en cours en Suisse, les autorités suisses sont exclusivement compétentes pour statuer sur la collocation de créances litigieuses ou consacrées par une décision dans un procès intenté à l'étranger contre le débiteur.*)

ATF 22.5.2015, 5A_552/2014, c. 3.5.1 (*droit d'information du créancier dans une faillite étrangère*)

ATF 141 III 222 ss (*Les Pays-Bas répondent à l'exigence de réciprocité qui doit être interprétée largement, comprenant l'existence d'une procédure d'entraide quelconque ou d'autres mesures appropriées, susceptibles de produire des effets comparables à ceux résultant des dispositions du chapitre 11 de la LDIP.*)

ATF 23.3.2015, 5A_30/2015, c. 6 (*Le recourant ne peut contester que deux faillites puissent coexister, une en Suisse, l'autre aux Pays-Bas, dans une hypothèse dans laquelle la non-reconnaissance de celle-ci n'est pas contestée au motif que la réciprocité n'y soit pas acceptée.*)

ATF 25.7.2014, 5A_952/2013, Sem.jud. 2014 I p. 465 (*La masse en faillite d'une société étrangère n'a pas qualité pour agir en Suisse aux fins de recouvrer une créance, n'étant dès lors pas habilitée à requérir la mainlevée de l'opposition ; cela s'applique également au cas d'une procédure anglaise de « winding up », à condition que l'insolvabilité en soit la cause.*)

ATF 140 III 379 ss, Sem.jud. 2014 I p. 441 (*Société brésilienne ayant fait l'objet d'un sursis concordataire, puis d'une faillite ; elle-ci n'ayant pas été reconnue en Suisse, seule la reconnaissance de l'homologation du concordat est à considérer - c. 3.2.1. En l'absence de créanciers gagistes ou de créanciers privilégiés en Suisse, il n'y a pas lieu d'ouvrir une procédure de concordat ancillaire en Suisse, sauf à reconnaître cette homologation de façon à permettre à l'administrateur ou liquidateur du concordat brésilien de faire valoir les droits de la masse concordataire auprès de l'Office des poursuites - c. 4.3.*)

Si l'on peut reconnaître la cohérence intrinsèque du raisonnement, ignorant une faillite étrangère non reconnue en Suisse, tandis qu'est retenue la recourante en tant que « société en récupération judiciaire » (suite au concordat), il n'en demeure pas moins que l'argument de celle-ci, constatant la perte de sa capacité d'être partie (en raison de la faillite), ne manque pas d'intérêt, au point qu'il semble artificiel, voir impossible juridiquement, d'accueillir l'administrateur brésilien du concordat afin qu'il puisse intervenir auprès de l'Office des poursuites en Suisse, sans se demander s'il dispose encore de ses pouvoirs.

ATF 139 III 504 ss, 507-510, Sem.jud. 2014 I p. 249 (*Le tiers débiteur, défendeur à l'action révocatoire, n'est pas directement lésé par la reconnaissance en Suisse de la faillite de la société étrangère qui a obtenu la cession de la prétention révocatoire contre lui et agit en révocation contre lui.*)

ATF 8.4.2013, 4A_258/2012, c. 3.5 (*Les décisions soumettant des sociétés ayant opéré dans le contexte du commerce extérieur de l'ancienne RDA sous l'administration fiduciaire allemande en 1990 ne sont pas comparables à une mise en faillite régie par les art. 166 ss LDIP.*)

ATF 28.3.2013, 5A_665/2012, c. 3.3 (*Le refus d'appliquer le Traité bilatéral de 1834, en soi toujours en vigueur en tant que droit cantonal, n'est pas arbitraire lorsque l'administrateur d'une faillite ouverte en Bavière entend agir en Suisse pour faire reconnaître l'universalité de la faillite en vertu du Traité, alors que le*

tribunal qui l'a instauré n'a pas respecté lui-même ce Traité, ignorant la faillite précédemment ouverte en Suisse. - Confirmation de l'arrêt du Kantonsgericht SG, CAN 2013 n° 66 p. 166, BISchK 2014 n° 14 p. 64)
ATF 139 III 236 ss (L'administrateur d'une faillite à l'étranger est autorisé à requérir en Suisse uniquement la reconnaissance de la décision de faillite et des mesures conservatoires, mais il ne lui est pas permis de procéder à des actes de poursuite, d'agir contre un prétendu débiteur du failli ou de faire valoir une créance dans la faillite en Suisse du failli [rappel de jurisprudence, p. 238 s., c. 4.2]. Comme le Tribunal fédéral a déclaré irrecevable l'action principale de l'administrateur de la faillite tendant à obtenir l'exécution d'un accord prévoyant la remise d'un bien sis en Suisse à la masse étrangère [p. 239 s., c. 4.3, ATF 137 III 631 ss], il ne peut en aller autrement de l'action reconventionnelle dirigée contre ledit administrateur à des fins de restitution de biens obtenus en vertu de cet accord [p. 242-244, c. 4.6], la question étant en revanche laissée ouverte de savoir si l'administrateur d'une faillite étrangère doit également être empêché d'agir en Suisse lorsqu'aucun bien sis en Suisse n'est visé par l'action et que l'on se trouve donc hors du champ des dispositions du chapitre 11 [p. 241 s., c. 4.5].)

ATF 138 III 628 ss, Sem.jud. 2013 I p. 1 (Dans la faillite ancillaire en Suisse, le créancier gagiste n'est garanti que par le gage et il n'est subrogé aux droits du débiteur que jusqu'à concurrence de sa créance, le reste des créances du débiteur étant cédé aux créanciers privilégiés et, à défaut de tels créanciers, à la masse en faillite étrangère.)

ATF 29.5.2012, 5A_682/2012, c. 2 (L'art. 171 LDIP ne vise que l'action révocatoire dans le cadre de la faillite ancillaire en Suisse.)

ATF 16.2.2012, 5A_734/2011, Sem.jud. 2012 p. 516 (concordat étranger inapte à suspendre une procédure en mainlevée tant qu'il n'est pas reconnu en vertu de l'art. 175 LDIP)

ATF 14.11.2011, 5A_543/2011, BISchK 2013 n° 26 p. 112 (inventaire dans la faillite ancillaire)

ATF 137 III 631 ss (capacité d'ester en justice de l'administrateur de la faillite étrangère afin d'exécuter l'accord prévoyant que le produit de la vente d'un immeuble en Suisse soit remis à la masse étrangère ; exigence de la reconnaissance préalable de la faillite étrangère en Suisse)

ATF 24.10.2011, 2C_303/2010, Skyguide (capacité d'ester en justice de la masse étrangère)

ATF 17.10.2011, 5A_86/2011 (concordat étranger)

ATF 137 III 517 ss (reconnaissance d'une faillite prononcée en Finlande)

ATF 137 III 570 ss, Lehman Brothers (nomination d'un représentant de la masse étrangère – « Sachwalter »)

ATF 11.7.2011, 5A_806/2010, ATF 137 III 374 (cession à l'administration de la faillite étrangère, dans une faillite ancillaire suisse, aucun créancier n'y étant colloqué)

Obergericht ZH, 4.3.2014, BIZR 2014 n° 53 p. 170 (transfert de créance et pactum de non cedendo régis par le droit suisse ; transfert opéré par l'administrateur de la faillite en Allemagne non reconnu en Suisse)

Obergericht ZH, 11.10.2013, BIZR 2013 n° 51 p. 193, BISchK 2014 n° 15 p. 69 (La Convention avec le Württemberg est toujours valable. Les mesures de contrainte en faveur de la masse insolvable étrangère doivent être ordonnées sur requête d'entraide par l'office des faillites suisse du lieu de situation des valeurs concernées.)

Obergericht ZH, 19.3.2013, BIZR 2013 n° 23 p. 85 (qualité pour requérir la reconnaissance de la faillite étrangère, procédure unilatérale au premier stade)

Cour de justice GE, 9.2.2012, BISchK 2012 n° 42 p. 187 (qualité pour former plainte en cas de renonciation de la masse en faillite ancillaire d'agir et en l'absence de créanciers non-gagistes privilégiés)

Tribunale d'appello TI, 27.7.2011, RtiD 2012 I n° 64c p. 1010 (procédure à suivre au Tessin en cas de reconnaissance d'une faillite étrangère).

Kantonsgericht GR, 26.4.2011, PKG 2011 n° 9 p. 88 (procédure unilatérale en première instance ; le caractère exécutoire du prononcé étranger de la faillite est suffisant ; examen d'office des conditions de la reconnaissance en Suisse)

Obergericht ZG, 14.1.2011, GVP-ZG 2011 p. 301, c. 4.3 (Il ne peut être procédé à une reconnaissance d'une faillite étrangère à titre incident dans une procédure de mainlevée définitive.)

CJUE 8.6.2017, C-54/16, Vinyls Italia (La forme et le délai dans lesquels le bénéficiaire d'un acte préjudiciable à la masse des créanciers doit soulever une exception en vertu de l'art. 13 du Règlement d'insolvabilité relèvent du droit procédural de l'Etat membre sur le territoire duquel le litige est pendant. Conditions requises en ce qui a trait à la charge de la preuve. Parties ayant choisi la loi d'un Etat autre que celui dans lequel tous les éléments pertinents de la situation concernée sont localisés.)

CJUE 9.11.2016, C-212/15, ENEFI (*L'art. 4 du Règlement d'insolvabilité comprend dans son champ les dispositions de droit interne de l'Etat membre de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité qui prévoient, à l'égard d'un créancier qui n'a pas participé à cette procédure, la déchéance du droit de faire valoir sa créance, même si celle-ci est de caractère fiscal.*)

CJUE 26.10.2016, C-195/15, Senior Home (*Constitue un droit réel au sens du Règlement une sûreté constituée en vertu du droit national selon laquelle l'immeuble du débiteur de taxes foncières est grevé de plein droit d'une charge foncière de droit public.*)

CJUE 10.12.2015, C-595/14, Kornhaas, IPRax 2016 p. 276 (*Application de la loi allemande relative aux sociétés à responsabilité limitée au dirigeant d'une société de droit anglais faisant l'objet d'une procédure d'insolvabilité ouverte en Allemagne*)

CJUE 15.10.2015, C-310/14, Nike (*Selon son art. 13, l'application du Règlement est soumise à la condition que l'acte concerné ne puisse pas être attaqué sur le fondement de la loi applicable à cet acte – lex causae –, compte tenu de l'ensemble des dispositions et des principes généraux de cette loi, ce que le défendeur à une action tendant à la mise à néant de l'acte doit démontrer.*)

CJUE 11.6.2015, C-649/13, Nortel Networks, IPRax 2016 p. 594 (*Les juridictions d'un Etat membre d'ouverture d'une procédure secondaire d'insolvabilité sont compétentes, alternativement avec les juridictions de l'Etat membre d'ouverture de la procédure principale, pour statuer sur la détermination des biens du débiteur entrant dans le périmètre des effets de cette procédure secondaire.*)

CJUE, 16.4.2015, C-557/13, Lutz, IPRax 2016 p. 260 (*L'art. 13 du Règlement est applicable en cas de paiement postérieur à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité d'une somme d'argent saisie antérieurement ; délais de prescription et de forclusion ; les règles de forme de l'action révocatoire relèvent de la loi à laquelle est soumis l'acte contesté.*)

CJUE 4.12.2014, C-295/13, G.T. GmbH, IPRax 2015 p. 548 (*Le règlement relatif aux procédures d'insolvabilité autorise la compétence des juridictions de l'Etat membre sur le territoire duquel a été ouverte une procédure d'insolvabilité pour connaître d'une action du curateur de la faillite de la société faillie contre le gérant de celle-ci et tendant au remboursement de paiements effectués après la survenance de l'insolvabilité de la même société, que ledit gérant ait son domicile dans un Etat membre ou dans un Etat partie à la Convention Lugano II.*)

L'arrêt offre un point de friction par rapport à la Suisse. En effet, pour la Cour, l'action étant fondée sur le droit allemand et poursuivant un objectif relevant du droit de l'insolvabilité, elle entre dans le champ d'application du Règlement sur l'insolvabilité et sort du domaine du Règlement de Bruxelles I^{bis}. La Cour en déduit que c'est pour la même raison qu'elle sort également du champ de la Convention de Lugano de 2007 (n° 31), dont les termes de l'art. 1^{er} par. 2 lit. b sont certes identiques à ceux du Règlement de Bruxelles, tandis que leur interprétation ne l'est pas nécessairement, dès lors que celle-ci résulte du Règlement sur l'insolvabilité dont la Suisse ne fait pas partie.

CJUE 4.9.2014, C-327/13, Burgo Group SpA (*Une société mise en liquidation dans un Etat membre autre que celui de son siège peut faire l'objet d'une procédure secondaire d'insolvabilité dans cet autre Etat membre.*)

CJUE 16.1.2014, C-328/12, Schmid, IPRax 2014 p. 425, obs. R. Arts, p. 390 (*Les juridictions de l'Etat membre sur le territoire duquel s'est ouverte la procédure d'insolvabilité sont compétentes pour connaître d'une action révocatoire fondée sur l'insolvabilité contre un défendeur n'ayant pas son domicile sur le territoire d'un Etat membre [en Suisse, en l'espèce].*)

CJUE 19.9.2013, C-251/12, Van Buggenhout (*Le sort d'un paiement fait, sur ordre d'un débiteur soumis à une procédure d'insolvabilité, ne relève pas du champ d'application du Règlement sur l'insolvabilité.*)

CJUE 22.11.2012, C-116/11, Bank Handlowy, Rev.crit. 2014 p. 404, IPRax 2014 p. 530 (*possibilité d'ouvrir une procédure secondaire d'insolvabilité*)

CJUE 15.12.2011, C-191/10, Rastelli, Rev.crit. 2012 p. 435 (*extension d'une procédure d'insolvabilité ouverte à l'égard d'une société établie dans un Etat membre à une société dont le siège statutaire est situé dans un autre Etat membre pour cause de confusion des patrimoines*)

CJUE 17.11.2011, C-112/10, Zaza Retail (*conditions d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ; notion de créancier habilité à demander l'ouverture d'une procédure territoriale indépendante*)

CJUE 20.10.2011, C-396/09, Interedil, Rev.crit. 2012 p. 189 (*notions de centre des intérêts principaux du débiteur et d'établissement*)

Cour de cassation française, 15.2.2011, Lucia Y., Rev.crit 2011 p. 903 (*Le centre des intérêts principaux du débiteur s'entend du lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts, circonstance vérifiable par les tiers.*)
Cour de cassation française, 15.2.2011, HSBC c. Dalle, Rev.crit. 2011 p. 905 (*La reconnaissance de la décision d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité peut être refusée lorsqu'elle produirait des effets manifestement contraires à l'ordre public national, telle la méconnaissance du droit d'accès au juge.*)
BGH 18.9.2014 et 20.11.2014, IPRax 2016 p. 388, 390 (*Effet de la décharge de dette au lieu de l'insolvabilité principale dans la procédure d'insolvabilité secondaire*)
BGH 8.3.2012, IPRax 2013 p. 356 (*notion de succursale et de lieu d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité secondaire*)
BGH 3.2.2011, IPRax 2012 p. 427 (*Exécution dans un immeuble sis en Allemagne d'un débiteur soumis à une procédure d'insolvabilité en Angleterre, rôle du trustee chargé de l'administration de la faillite*)
Fürstlicher Oberster Gerichtshof du Liechtenstein, 7.12.2011, LES 2012 p. 27 (*Selon le principe de l'universalité de la faillite, une faillite étrangère produit ses effets au Liechtenstein, pourvu que l'Etat étranger accorde la réciprocité, ce qui est le cas de l'Autriche. La masse en faillite étrangère, représentée par son administrateur, est alors reconnue comme partie dans un procès civil au Liechtenstein ; le débiteur en faillite ne peut agir ni défendre, mais dès le moment où la faillite est levée, il retrouve la capacité d'ester en justice et peut ratifier les actes initialement frappés de nullité.*)

Législation

Les éléments centraux de la réforme telle qu'elle vient d'être adoptée par les Chambres fédérales sont : suppression de l'exigence de réciprocité lors de la reconnaissance de faillites ouvertes à l'étranger ; renoncer à la procédure ancillaire suisse en l'absence de créanciers à protéger en Suisse, en autorisant alors l'administration de la faillite étrangère à exercer ses pouvoirs en Suisse ; reconnaître des décisions étrangères liées à une procédure de faillite et prise en compte dans l'état de collocation de créances litigieuses étrangères.

Le nouveau texte est fondé sur l'idée qu'il faille abandonner l'exigence de la *réciprocité*. Cela mérite l'approbation, mais encore faudrait-il nuancer en fonction de la raison précise retenue au soutien de cet abandon. Les technicités propres à l'examen de cette condition ne sont plus acceptables, on en convient certainement. En revanche, le principe lui-même révèle un fondement que l'on ne devrait pas rejeter avec autant d'aplomb. Une minorité de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats propose de conserver l'exigence de la réciprocité.

Le Message montre le principal défaut du raisonnement : Il est dit qu'à l'origine, l'exigence de réciprocité ait été inscrite dans la LDIP aux fins de favoriser la coopération internationale, mais que cette mesure s'est révélée inefficace (FF 2017 p. 3872). Cela est inexact : à l'origine, la Suisse n'a reconnu aucune faillite étrangère, en raison du principe de la territorialité ; le chapitre 11 a donc apporté un progrès incontestable en termes de faveur pour la coopération, dont on admettra aujourd'hui cependant qu'il paraît insuffisant. Il est également dit correctement que la vérification de la réciprocité est souvent compliquée et coûteuse (FF 2017 p. 3872) ; cela n'est cependant pas une raison pour l'abandonner complètement, sans la remplacer par un moyen de réserve plus appropriée aux exigences de la pratique.

Il est dit, avec une certaine logique, que l'exigence de réciprocité n'offre pas de protection contre les procédures de faillite frauduleuses (FF 2017 p. 3873). Or, cela n'est exact que par rapport aux Etats dont la réciprocité est acquise. Si la reconnaissance de la faillite étrangère était refusée faute de réciprocité, la protection contre toute sorte de fraude serait assurée d'emblée et totalement. Cette protection est abandonnée, les moyens permettant une protection contre les faillites abusives ou liées à des motifs politiques étant réduits par rapport au monde entier à l'ordre public et à la reconnaissance de l'état de collocation (art. 173). Or, cette protection est insuffisante lorsque sont en jeu des Etats fermés à toute reconnaissance de faillite étrangère, c'est-à-dire des Etats avec lesquels la Suisse n'a pas eu de soucis de protection grâce à l'exigence de réciprocité. Au demeurant, le projet reconnaît que le contrôle par le biais de la reconnaissance de l'état de collocation ne constitue qu'une « règle » (FF 2017 p. 3873), étant donné que ce procédé n'a pas lieu d'être faute de créanciers privilégiés en Suisse. Dans un tel cas, il ne reste que l'ordre public. Or, le Message ne l'explique pas, alors que l'on peut aisément s'en rendre compte que ce moyen est insuffisant. Car l'ordre public peut permettre de percer les

défauts d'une procédure de faillite en tant que telle, encore que, si aucune faillite ancillaire n'a lieu, l'administrateur de la faillite ne va certainement pas faciliter un tel examen. L'ordre public n'offre aucun rempart à l'égard de créances purement artificielles ou téléguidées à travers des méandres d'opérations financières nébuleuses et souvent teintées de corruption, colloquées dans la faillite étrangère grâce à la complicité de son administration.

L'impact de l'ATF 141 III 210 ss, 213-221 n'a pas été examiné. L'arrêt n'a pas été cité dans le Message. Cette jurisprudence force à exécuter des jugements rendus par des tribunaux opérant dans un système dont on ne peut ignorer qu'il est entièrement corrompu si l'intimé ne parvient pas à démontrer que la corruption a directement affecté la procédure individuelle le concernant (cf. la critique de I. Schwander, SRIEL 2016 p. 546-554). On ne devrait pas négliger la possibilité d'une analogie avec la jurisprudence selon laquelle un refus d'exécution d'une décision étrangère en Suisse n'empêche pas que celle-ci soit prise en compte pour rendre vraisemblable l'existence de la créance afin d'obtenir un séquestre en Suisse (cf. ATF 20.1.2011, 5A_501/2010, c. 2, ZZZ 2010, 23/24, p. 485 ; ATF 27.9.2011, 5A_303/2011, c. 3 ; ATF 19.2.2016, 5A_832/2015, c. 4.1).

Dans sa nouvelle configuration, le régime de la faillite ouvrira complètement les portes du système suisse de recouvrement des dettes sans aucune vérification de la qualité, respectivement du caractère frauduleux, de la structure étatique étrangère à l'origine d'une « faillite » dont les caractéristiques peuvent être très éloignées de ce qui paraîtrait fondamental dans un Etat de droit comme la Suisse. La révision a fait totalement abstraction de l'examen et de la discussion de cet aspect politique.

Le nouveau chapitre 11 n'offre qu'un rempart de bas niveau à l'encontre de tentatives d'extraire, voire d'extorquer des patrimoines placés en Suisse au regard de la confiance à la couverture protectrice que l'on attribue toujours à ce que l'on appelle encore notre « place financière ».

On notera également que le régime tel que proposé ne permet pas de contrôle sur la nature des créances invoquées dans le contexte de la faillite étrangère à reconnaître. Il conviendrait de se demander s'il ne se présente pas un contraste par rapport à une jurisprudence selon laquelle la LDIP ne couvre pas l'exécution de jugements étrangers portant sur des créances fondées sur le droit public étranger (tel le jugement condamnant une entreprise suisse à payer à une caisse publique étrangère des redevances destinées à être redistribuées aux employés à titre de contribution à leurs frais de vacances, cf. ATF 19.11.2014, 5A_249/2014, c. 3).

Certes, on protégera les créanciers privilégiés, comme tous ceux dont les intérêts méritent une protection prioritaire. Quant aux créanciers ordinaires, ils ne sont protégés qu'en principe, car le tribunal suisse peut y renoncer si la procédure étrangère prend dûment en compte leurs créances (art. 174a al. 2). On abandonne la réciprocité car étant trop compliquée, mais on se charge de l'examen de la place des créanciers suisses dans une faillite étrangère non moins difficile à appréhender, au demeurant sans préciser qui en portera la charge et le fardeau de la preuve.

Le législateur de la LDIP était conscient du fait qu'il existait un problème sérieux : « Enfin, la réglementation du projet devrait aussi contribuer à atténuer certaines attaques financières et de politique économique auxquelles la Suisse est exposée aujourd'hui. » (FF 1983 I p. 437). Au regard des difficultés à préserver la place financière suisse, le problème n'a pas disparu, même s'il s'articule sans doute différemment.

On ne trouve aucune observation sur les liens des nouvelles règles proposées avec l'arbitrage, un sujet qui a passablement bousculé la pratique suisse il y a quelques années. S'il est renoncé à la faillite ancillaire, l'administration de la faillite étrangère peut exercer les pouvoirs que lui confère le droit de l'Etat où la faillite a été ouverte (art. 174a al. 4). On dit qu'il pourra « intenter un procès » (FF 2017 p. 3879), sans en préciser la nature. Il est dit aussi que cela se fera « dans les limites du droit suisse », mais ni la loi ni le Message précisent ce que cela veut dire. Que dira-t-on alors à l'administrateur de la faillite qui viendra invoquer son droit pour plaider que ses pouvoirs ne s'étendent pas à une procédure arbitrale étrangère ?

Aucune étude de droit comparé n'a été menée pour mieux savoir à quoi il faut s'attendre lorsque des administrations de faillite viendront du monde entier pour récupérer l'argent de leurs ressortissants en Suisse. Com-

ment seront protégés les investissements étrangers en Suisse si l'administrateur étranger peut agir selon son droit sans observer nos règles de protection et notamment les garanties fournies dans les Traités bilatéraux d'investissement (principalement à travers la clause assurant le « fair and equitable treatment ») ? L'administrateur d'une faillite américaine pourra-t-il venir procéder selon les règles du fameux « Chapter 11 » ? Et que fera l'administrateur du type francophone qui voudra consulter le comité d'entreprise – inexistant en Suisse – comme le lui prescrit sa loi avant de liquider une société suisse ? Comment va-t-on accueillir des faillites étrangères qui ne comportent pas de dessaisissement du débiteur, celui-ci restant chargé de l'administration de ses biens, soit seul, soit en coopération avec un administrateur ? Il y a quantité d'avocats qui ont soutenu la réforme. Ils s'en réjouiront.

Le *Règlement* 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité est remplacé par le Règlement 2015/848 du 20.5.2015 relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte), JOUE 2015 L 141, p. 19. Il s'applique depuis le 26.6.2017 (art. 92). Cf., par ailleurs, le Règlement d'exécution du 12.6.2017 établissant les formulaires (JOUE 2017 L 160, p. 1).

Le Groupe de travail V de la Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international (*CNUDCI*) continue ses travaux. Il est actuellement saisi d'un projet de loi type sur la Reconnaissance et exécution des jugements liés à l'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.150, 19.9.2017), qui a fait l'objet d'un Rapport à la CNUDCI (A/CN.9/931, 15.1.2018), ainsi que d'un projet de guide (A/CN.9/WG.V/WP.157, 23.2.2018) et de propositions d'amendements (A/CN.9/WG.V/WP.158, 26.2.2018).