Urteilskopf

103 III 54

12. Extrait de l'arrêt de la IIe Cour civile du 23 juin 1977 dans la cause Investitions- und Handelsbank AG, First National Bank of Boston et Deutsche Genossenschaftsbank et cts
Regeste (de):
Nachlassverfahren bei Banken und Sparkassen.

1. Stellt Art. 13 erster Satz der Verordnung des Bundesgerichts betreffend das Nachlassverfahren von Banken und Sparkassen (vom 11. April 1935) kumulative oder alternative Bedingungen? Frage offen gelassen (E. 2).

2. Es widerspricht der schweizerischen Rechtsordnung nicht, in einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung vorzusehen, dass die Erlöse aus den Arresten, die gewisse Gläubiger an Vermögenswerten des Schuldners und/oder an solchen von Kunden des Schuldners im Ausland erwirkten, auf die Dividenden der betreffenden Gläubiger angerechnet werden sollen (E. 3).

Regeste (fr):
Concordat des banques et des caisses d'épargne.

1. L'art. 13 première phrase de l'ordonnance du Tribunal fédéral concernant la procédure de concordat pour les banques et les caisses d'épargne (11 avril 1935) pose-t-il une exigence cumulative ou alternative? Question laissée indécise (c. 2).

2. Il n'est pas contraire à l'ordre juridique suisse de prévoir, dans un concordat par abandon d'actif, que le produit des séquestres obtenus à l'étranger par certains créanciers sur des biens du débiteur et/ou sur des biens de clients de celui-ci sera imputé sur le dividende qui reviendra auxdits créanciers (c. 3).

Regesto (it):
Concordato delle banche e delle casse di risparmio.

1. L'art. 13 prima frase del Regolamento del Tribunale federale concernente la procedura del concordato per le banche e le casse di risparmio (dell'11 aprile 1935) pone un'esigenza cumulativa o alternativa? Questione lasciata aperta (consid. 2).

2. Non è contrario all'ordine giuridico svizzero prevedere, in un concordato con abbandono dell'attivo, che il prodotto dei sequestri ottenuti all'estero da determinati creditori su beni del debitore e/o su beni di clienti di questi, sarà imputato sul dividendo di spettanza di tali creditori (consid. 3).

Sachverhalt ab Seite 55

BGE 103 III 54 S. 55

Le 17 décembre 1976, la Cour de justice civile du canton de Genève a homologué, en y amenant quelques légères modifications, le concordat par abandon d'actif que lui avait soumis la Banque de Financement SA

"Finabank", à Genève. Le dispositif de l'arrêt contient notamment le chiffre suivant: I
6) Dit et prononce que ... le produit des séquestres obtenus par certains des créanciers de Finabank sur des biens de Finabank et/ou sur des biens de clients de cette dernière sera, pour chaque cas séparément, imputé sur le dividende concordataire qui reviendra auxdits créanciers séquestrants, étant entendu d'une part qu'aucun dividende ne pourra leur être versé tant et aussi longtemps que le résultat final des procédures de séquestre ne sera pas connu et, d'autre part, que les acomptes sur le dividende revenant à ces créanciers seront déposés au fur et à mesure sur un compte spécial portant un intérêt au taux usuel.
Trois recours au Tribunal fédéral ont été interjetés contre l'arrêt de la Cour de justice civile, dont un par Investitions- und Handelsbank AG et un autre par First National Bank of Boston. Ces deux derniers recours ont été rejetés dans la mesure où ils étaient recevables.

Erwägungen

Extrait des considérants:

2. Aucune des recourantes ne prétend que la Cour de justice civile aurait dû considérer que le concordat n'avait pas été accepté par la majorité légale. Néanmoins, le Tribunal fédéral doit examiner d'office si cette condition de l'homologation est réalisée (cf. par analogie ATF 95 III 67 s. consid. 4). Pour qu'on puisse vérifier si les clauses du concordat sont conformes au droit et appropriées aux circonstances, il faut logiquement qu'il soit établi que le concordat comme tel a été valablement homologué. Le Tribunal fonde sa décision à ce sujet sur les faits tels qu'ils ont été constatés par l'autorité cantonale (art. 63 al. 2, 81 OJ). Prenant pour base le rapport des commissaires au sursis, la Cour de justice civile a retenu que, sur 637 créanciers, 5 avaient maintenu leur opposition et qu'ils réunissaient des créances d'un montant total de 59'462'408 fr. Lors de

l'audience de la Cour, la Chase Manhattan Bank, créancière pour 544'574 fr., a retiré son opposition. Le montant des créances représentées par les opposants s'est ainsi réduit à 58'917'834 fr. Ce chiffre est légèrement inférieur au tiers du montant total des créances (176'914'550 fr. : 3 = 58'971'516 fr.). L'art. 13 OCB prévoyant que le concordat est réputé accepté par la majorité légale si les oppositions formées contre l'homologation du concordat n'émanent pas de "plus du tiers des créanciers figurant sur l'état du passif et réunissant plus d'un tiers du montant total des créances", la Cour de justice civile n'a pas violé le droit fédéral quand elle a constaté que le concordat proposé par Finabank était accepté dans son principe. Comme ni l'une ni l'autre des conditions du refus du concordat n'est réalisée en l'espèce, point n'est besoin d'examiner si la disposition précitée pose une exigence cumulative (dans ce sens: R. HAAB, Die Bedeutung der Verordnung über das Nachlassverfahren von Banken und Sparkassen vom 11. April 1935 für die Praxis, Festgabe für Fritz Goetzinger, Bâle 1935, p. 145) ou simplement alternative (sic: P. ULDRY, Le concordat des instituts bancaires, thèse Fribourg 1937, pp. 152/153).
D'autre part, la cour cantonale a exposé de façon convaincante que, comme l'exige l'art. 37 al. 6 de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne, les conditions fixées à l'art. 306 LP étaient remplies et qu'il ressortait en outre de toutes les circonstances concomitantes que les intérêts de l'ensemble des créanciers seraient mieux sauvegardés par le concordat que par la faillite. Ce n'est d'ailleurs contesté par aucune des recourantes. Il est donc inutile d'examiner cette question plus avant.

3. Les recours d'Investitions- und Handelsbank et de First National Bank of Boston sont essentiellement dirigés contre la clause 6 du concordat: les recourantes demandent que le produit des séquestres obtenus à l'étranger par certains créanciers sur des biens de Finabank et/ou sur des biens de clients de cette dernière soit imputé

seulement sur les créances de ces créanciers et non pas sur le dividende qui leur reviendra. Elles soutiennent, en substance, que l'imputation sur le dividende concordataire est contraire au principe, reconnu par le Tribunal fédéral et la doctrine dominante, que, sous réserve de traités internationaux, les effets du concordat

BGE 103 III 54 S. 57

sont limités au territoire suisse. En outre, disent-elles, il est équitable que les créanciers qui ont pris l'initiative de rechercher les biens du débiteur situés à l'étranger, en assumant les frais et les risques que cela implique, soient récompensés de leurs efforts. a) Le problème énoncé ci-dessus ne se pose que lors de la distribution du produit de la liquidation. On pourrait donc se demander s'il doit être tranché déjà au stade de l'homologation du concordat. Toutefois, comme le concordat proposé par Finabank contient une réglementation à ce sujet, il y a lieu d'en examiner d'ores et déjà le bien-fondé: il s'agit en effet d'une clause essentielle dont la teneur a vraisemblablement joué un rôle déterminant pour l'approbation du concordat par la majorité des créanciers. En outre, le mode d'imputation du produit obtenu ensuite de mesures d'exécution forcée opérées à l'étranger a, indirectement du moins, un effet sur l'étendue des actifs. L'imputation de ce produit sur le dividende concordataire fait entrer les biens situés à l'étranger dans la masse active. Or, en bonne méthode, la détermination des actifs à liquider doit se faire déjà dans le cadre de la procédure relative à l'homologation du concordat. b) En 1904, le Tribunal fédéral a jugé que le produit qu'un créancier de la faillite avait obtenu ensuite d'une exécution forcée opérée à l'étranger contre le failli devait être imputé sur la créance telle qu'elle avait été annoncée par le créancier dans la faillite suisse et portée à l'état de collocation (ATF 30 I 438 ss). Mais la question litigieuse en l'espèce - savoir si l'imputation doit se faire sur le dividende plutôt que sur la créance - n'était pas l'objet du procès. L'administration de la faillite avait, lors de l'établissement du tableau de distribution, imputé le produit de la saisie opérée à l'étranger sur la créance portée à l'état de collocation et calculé le dividende dû au créancier sur la créance ainsi réduite. Le créancier avait porté plainte, voulant avoir part à la distribution des deniers avec sa créance entière, telle qu'elle avait été portée à l'état de collocation. L'autorité cantonale de surveillance avait admis la plainte au motif que l'état de collocation était entré en force. Le Tribunal fédéral a ensuite admis quant à son principe le recours interjeté contre cette décision par l'administration de la faillite. Mais il ne pouvait se prononcer que sur les conclusions prises, qui tendaient à ce que la distribution des deniers

BGE 103 III 54 S. 58

se fît conformément au tableau de distribution établi par l'administration de la faillite. En 1916, le Tribunal fédéral a eu à se prononcer sur les effets à attribuer, dans une faillite ouverte en Suisse, au séquestre obtenu par un créancier, avant l'ouverture de la faillite, sur des biens du failli sis en Allemagne (ATF 42 III 467 ss). Appliquant le droit allemand, il a considéré que le séquestre exécuté confère au créancier sur les biens séquestrés le même privilège qu'un droit de gage conventionnel et qu'il fallait traiter le créancier comme s'il s'était constitué un droit de gage ordinaire sur une chose située à l'étranger (art. 62 de l'ordonnance du Tribunal fédéral du 13 juillet 1911 sur l'administration des Offices de faillite). Il a ainsi été amené à accorder un privilège à ce créancier séquestrant. Puis, invoquant le principe de la territorialité, le Tribunal fédéral s'est constamment refusé à admettre qu'une faillite prononcée à l'étranger pût avoir un effet exécutoire en Suisse et à empêcher les créanciers qui y avaient pris part d'appréhender les actifs du débiteur situés en Suisse. Toutefois, dans un arrêt rendu en 1976, il a reconnu que les critiques formulées contre l'état actuel du droit n'étaient pas dénuées de fondement et que le principe de l'égalité des créanciers, qui occupe une place importante dans le droit interne suisse de la faillite, mériterait d'être étendu également dans les relations internationales (ATF 102 III 74 consid. 3 a). c) Selon le professeur Alain Hirsch, il est illogique que les créanciers qui se sont individuellement saisis

de biens situés à l'étranger "ne doivent qu'imputer le montant de leur dividende étranger sur leur production dans la masse en faillite suisse". Le droit suisse de la faillite n'exclut pas, pour autant qu'elle est possible pratiquement, la vocation de la faillite suisse à comprendre les biens du failli situés à l'étranger; au contraire, l'art. 27 al. 1 de l'ordonnance du Tribunal fédéral sur l'administration des offices de faillite en admet l'existence. "Seul l'obstacle opposé par les autorités étrangères à la délivrance de ces biens empêche qu'ils soient réalisés au profit de tous les créanciers. Cet obstacle disparaît dès lors qu'un ou plusieurs créanciers de la masse en faillite suisse ont fait réaliser ces biens à leur profit: la masse est alors pratiquement en mesure d'appréhender ces biens, en en tenant compte dans le dividende distribué en Suisse aux créanciers en question."

BGE 103 III 54 S. 59

(Aspects internationaux du droit suisse de la faillite, Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, No 27, p. 69 ss, sp. p. 72/73 et 80/81; cf. H. HANISCH, Deux problèmes de faillite internationale, Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, No 50, p. 122 ss). Ce mode d'imputation du produit de réalisation des biens du failli obtenu à l'étranger par certains créanciers permet de donner effet au-delà du territoire suisse au principe de la force attractive de la faillite et de mieux sauvegarder l'égalité des créanciers. Comme les biens situés à l'étranger sont appréhendés dans la masse de façon indirecte, soit purement comptable, le principe de la territorialité de la faillite n'est pas atteint: il n'est en effet pas question d'étendre au-delà du territoire suisse la vocation de la faillite à appréhender les biens du débiteur. On peut tout au plus se demander si le droit suisse contient une base suffisante pour que les créanciers se voient refuser, pour les mesures d'exécution obtenues à l'étranger, tout droit à un règlement privilégié dans le cadre de la liquidation forcée en Suisse, sans égard au droit en vigueur à l'étranger. Mais la licéité du mode d'imputation proposé par le professeur Hirsch n'a pas à être examinée ici de manière générale. Il y a seulement lieu de rechercher en l'espèce si un concordat par abandon d'actif prévoyant l'imputation sur le dividende peut être homologué judiciairement. En bonne méthode, cette question doit être étudiée compte tenu des particularités de ce mode d'exécution forcée. Il convient donc d'examiner d'abord quels sont les effets internationaux d'un concordat par abandon d'actif conclu en Suisse. d) Selon la jurisprudence fédérale et la doctrine, le concordat par abandon d'actif n'a en principe, lui non plus, pas d'effet international, sous réserve de traités en sens contraire (ATF 38 II 720 /721 consid. 3 et les références; GULDENER, Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz, pp. 179/180; P. LUDWIG, Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, thèse Berne 1970, p. 67; G. PAPA, Die analoge Anwendung der Konkursnormen auf den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, thèse Berne 1941, pp. 61/62;, G. TOBLER, Die internationalen Wirkungen eines gerichtlichen Nachlassvertrages mit Bezug auf die Gläubigerforderungen, Annuaire suisse de droit international, VII, 1950, p. 108 ss). D'après la doctrine dominante, dont le Tribunal fédéral partage

BGE 103 III 54 S. 60

l'opinion, le concordat judiciaire est, malgré l'élément contractuel résidant dans l'adhésion de la majorité des créanciers à la proposition du débiteur, une forme de l'exécution forcée, donc une procédure de droit public apparentée à la faillite (ATF 38 II 721; ATF 40 III 302 ss; ATF 42 III 455 ss; ATF 50 II 504; JAEGER, Commentaire, n. 2 ad art. 293 LP; FRITZSCHE, Schuldbetreibung und Konkurs, II p. 305; R. HAAB, op.cit., pp. 131/32; FAVRE, Droit des poursuites, 3e éd., p. 394 ss; autre opinion apud C. E. RATHGEB, Le concordat par abandon d'actif, thèse Lausanne 1932, p. 408 ss). Selon les art. 316a LP et 23 OCB, un concordat par abandon d'actif ne peut conférer aux créanciers un droit de propriété ni une créance, mais seulement le droit de disposer des biens du débiteur (cf. notamment LUDWIG, op.cit., p. 29). Ce droit doit être exercé par les liquidateurs.

Simultanément, est exclue l'exécution forcée pour les créances comprises dans le concordat. L'homologation du concordat fait tomber les saisies ou les séquestres dont l'objet n'a pas été réalisé avant le sursis concordataire (art. 312 LP; ATF 59 III 30 ss). Tous ces effets d'un concordat homologué en Suisse se limitent au territoire suisse, pour autant que rien d'autre n'est prévu dans des conventions internationales. Il n'y a pas de traité sur ce point entre la Suisse et les Etats où ont été séquestrés les actifs de Finabank (Etats-Unis d'Amérique, République fédérale allemande et Italie). La question qui se pose en l'espèce est donc de savoir si la limitation territoriale des effets du concordat par abandon d'actif a pour conséquence l'impossibilité d'imputer le produit obtenu à l'étranger sur le dividende concordataire. e) Dans la faillite, en l'absence de réglementation spéciale prévue par traités internationaux, les actifs du débiteur ne peuvent le plus souvent être ramenés en Suisse que par la voie du droit privé, avec la collaboration du failli (E. BÜRGI, Die "Übereinkunft zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Krone Würtemberg, betreffend die Konkursverhältnisse)... (Konkursvertrag)" vom 12. Dezember 1825/13. Mai 1826, BlSchK 1974 p. 10). A cette fin, l'administration de la faillite peut exercer une certaine pression sur le débiteur (sic: HIRSCH, op.cit., p. 72).
Dans le cadre du concordat par abandon d'actif, la situation est autre: c'est avant tout le contenu du contrat qui

BGE 103 III 54 S. 61

détermine les biens devant être soumis à liquidation. Le concordat peut prévoir qu'une partie seulement des actifs du débiteur seront réalisés en faveur des créanciers (art. 316b al. 3 LP; E. GERSBACH, Der Nachlassvertrag ausser Konkurs nach dem schweizerischen Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen und seinen Ausführungserlassen, thèse Zurich 1937, p. 116). On peut aussi prévoir, et on le fait d'ordinaire, que les actifs situés à l'étranger entreront dans la liquidation. C'est particulièrement important s'agissant des banques, qui, le cas échéant, ont déposé à l'étranger une part substantielle de leurs avoirs.
Aux termes de la clause 3 du concordat, tel qu'il a été homologué, Finabank fait cession aux créanciers dont la créance est d'un montant supérieur à 5'000 fr. et qui n'ont pas demandé paiement d'une somme de 5'000 fr. dans les 90 jours suivant celui où l'arrêt d'homologation sera devenu définitif, contre renonciation par eux à la part de leur créance non couverte par ce versement, "de tous ses actifs matériels et immatériels, notamment de tous ses biens, droits, actions, créances, tels qu'ils- ont été inventoriés par les commissaires dans leur rapport du 30 juin 1976", donc également de ses actifs situés à l'étranger. Certes, ces biens étrangers ne tombent pas automatiquement, du seul fait que le concordat a été homologué, dans la masse en liquidation: ils doivent être transférés en Suisse à cette fin par les liquidateurs. Il n'en demeure pas moins que la liquidation des actifs à l'étranger est considérablement facilitée du fait que la banque débitrice a cédé elle-même aux créanciers, dans le concordat, le droit de disposition sur ces biens. Selon l'art. 27 OCB, lorsque l'homologation du concordat par abandon d'actif est devenue définitive, les anciens organes directeurs n'ont plus qualité pour engager l'établissement par leur signature: les liquidateurs agissent sous la raison de la banque débitrice, avec l'adjonction "en liquidation concordataire". Le droit de disposition des liquidateurs sur les actifs de la banque devra être observé également à l'étranger, sinon plus personne ne pourrait disposer valablement de ces biens. C'est pourquoi, à la différence de ce qui se passe dans la faillite, on peut, en matière de concordat par abandon d'actif d'une banque, poser en principe qu'il n'y a pas, en règle générale, d'obstacles très importants à l'attraction dans la liquidation des biens situés à

BGE 103 III 54 S. 62

l'étranger. La possibilité offerte par le concordat par abandon d'actif de saisir plus aisément les actifs étrangers est précisément ce qui entraîne souvent le choix de ce mode de liquidation (LUDWIG, op.cit., p. 67; GULDE-

NER, op.cit., p. 180 n. 4; cf. ATF 95 III 72 /73). Dans ces conditions, on voit d'emblée qu'on ne saurait accorder beaucoup de poids à l'argumentation des recourantes quand elles font état de la limitation territoriale du droit de saisie. Lorsque certains créanciers tirent parti isolément de ce que, ensuite de l'octroi du sursis concordataire et de l'homologation du concordat, des mesures d'exécution forcée à l'étranger contre la banque débitrice ne sont pas exclues ou ne deviennent pas automatiquement caduques, ils compromettent ou rendent plus difficile l'attraction, possible en règle générale, des biens en cause dans la liquidation forcée du patrimoine en Suisse. En outre, ils créent ainsi en leur faveur un droit préférentiel sur le produit d'exécution des actifs par eux saisis. L'imputation sur le dividende telle qu'elle est prévue dans le concordat de Finabank permet d'atteindre deux objectifs: d'une part, elle empêche qu'on perde totalement de vue, lors de la liquidation générale du patrimoine, les actifs saisis à l'étranger, après qu'il est devenu difficile, voire impossible de les faire entrer en Suisse, ensuite des procédés de certains créanciers; d'autre part, l'égalité est rétablie entre tous les créanciers qui participent à la liquidation du patrimoine en Suisse. En d'autres termes, il est exigé des créanciers qui ont été privilégiés à l'étranger qu'ils renoncent en faveur de la masse concordataire, partant en faveur de l'ensemble des créanciers, à l'avantage qu'ils ont obtenu. C'est à cette condition qu'est subordonnée leur participation à la liquidation des actifs en Suisse. Cette attraction indirecte dans la masse concordataire des biens séquestrés à l'étranger n'est pas contraire à l'ordre juridique suisse: en effet, on l'a vu, elle permet que le débiteur concordataire cède à ses créanciers également le droit de disposition sur les actifs situés à l'étranger. Elle ne porte pas atteinte au principe de la territorialité en vigueur en Suisse, car il a pour seule conséquence que des mesures d'exécution étrangères ne peuvent pas avoir d'effet sur territoire suisse. Le fait que, de leur côté, des Etats étrangers ne reconnaissent pas de force exécutoire, sur leur territoire, au concordat homologué

en Suisse, parce qu'ils s'en tiennent eux aussi au principe de la territorialité de l'exécution forcée, amène certaines limites, dans la pratique, à l'attraction en Suisse des biens étrangers du débiteur concordataire. Mais cette circonstance ne saurait avoir d'incidence juridique et empêcher qu'on s'efforce de faire rentrer ces biens dans la procédure d'exécution forcée en Suisse. On ne saurait non plus voir dans une telle attraction des biens une violation de principes de droit international privé. Il serait contradictoire que le droit suisse admette sans plus l'attraction dans la masse concordataire des actifs situés à l'étranger et reconnaisse un privilège non seulement de fait, mais aussi de droit aux mesures d'exécution obtenues isolément à l'étranger par certains créanciers. Partant, la question de savoir quel caractère revêtent, selon les droits américain, allemand et italien, les séquestres obtenus aux Etats-Unis, en République fédérale allemande et en Italie, ne joue aucun rôle en l'espèce et peut rester ouverte; il s'agit d'ailleurs d'un problème de droit étranger, que le Tribunal fédéral ne peut pas examiner. Il est bien plutôt conforme au droit qu'un concordat intervenu en Suisse ne reconnaisse aucun caractère préférentiel, dans le cadre de la liquidation concordataire, aux mesures d'exécution forcée obtenues à l'étranger. La cour cantonale n'a donc violé aucune prescription du droit fédéral, écrite ou non écrite, en homologuant les clauses litigieuses. f) Reste à examiner si le mode d'imputation prévu est approprié aux circonstances. Les recourantes le nient, en faisant valoir qu'il les prive du fruit des efforts qu'elles ont entrepris à l'étranger, à leurs frais et à leurs risques. Les créanciers qui se sont saisis des biens de la banque à l'étranger l'ont fait pour assurer à leur créance une garantie aussi étendue que possible. Il ne se justifie donc pas de leur accorder, dans le cadre de la liquidation générale du patrimoine en Suisse, un droit à ce que le privilège spécial ainsi acquis soit reconnu. Ce serait d'autant moins justifié en l'espèce que ces procédés ont partiellement remis en question ou rendu plus difficile l'attraction des actifs en Suisse, qui, vu le concordat intervenu, eût été pleinement possible dans le cours ordinaire des choses. Surtout, le principe de l'égalité des créanciers ne permet pas que certains créanciers particulièrement adroits se créent un privilège à l'égard des autres quant

au produit de l'exécution sur les actifs sis à l'étranger. Certes, les recourantes affirment que c'est grâce à leur esprit d'initiative et à l'efficacité de leurs efforts que des biens étrangers ont pu être saisis, qui, sans cela, auraient échappé à la masse. Mais, si tel est le cas, une autre voie doit être recherchée pour les indemniser. On pourrait peut-être leur accorder un droit contre la masse en restitution des frais qu'elles ont assumés. Toutefois, la question n'a pas à être tranchée dans le présent procès.