INHALTSVERZEICHNIS

Abhandlung

Le preservation de l'entreprise du failli et sa vente d'urgence. Par Yves de Coulon, LL.M., avocat à Genève, S. 205

Kantonale Rechtsprechung

Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

Allgemeine Bestimmungen

Art. 17 SchKG. – Anfechtungsobjekt bei der SchKG-Beschwerde ist eine betreibungsamtliche Verfügung, was von Amtes wegen zu prüfen ist. Eine Absichtserklärung des Betreibungsbeamten erfüllt diese Voraussetzung nicht, S. 218.

Art. 31 Abs. 2 SchKG; Art. 36 LugÜ. – Berechnung der Monatsfrist zur Einreichung des Rechtsbehelfs gegen einen Entscheid über die Vollstreckung eines ausländischen Urteils, S. 220.

Schuldbetreibung

Art. 82 Abs. 1 und 2 SchKG. – Der Arbeitsvertrag hat für die Entschädigung nach Art. 337c Abs. 1 OR die Eigenschaft eines provisorischen Rechtsöffnungstitels, wenn nicht der Arbeitgeber die Rechtmässigkeit der fristlosen Entlassung oder eine Anrechnungspflicht des Arbeitnehmers glaubhaft machen kann. – Der Einwand, die fristlose Entlassung sei berechtigt gewesen, stellt keine Einrede aus dem Vertrag dar, sondern richtet sich gegen den Bestand des Vertrages. Eine derartige Einwendung wird gleich behandelt wie die Einwendung gegen eine einseitige Schuldanerkennung, d.h., der Arbeitgeber muss die Einwendung, der Lohnanspruch sei infolge Auflösung des Arbeitsverhältnisses entfallen, auch bei einer Schuldanerkennung für einen zweiseitigen Vertrag glaubhaft machen und nicht bloss behaupten, S. 222.

Betreibung auf Pfändung

Art. 92, 93, 275 SchKG. – Ansprüche aus Lebensversicherungsverträgen unterstehen weder der Unpfändbarkeit nach Art. 92 Abs. 1 Ziffer 10 SchKG noch der beschränkten Pfändbarkeit nach Art. 93 SchKG und sind deshalb vollumfänglich verarrestierbar, soweit solche Guthaben dem Arrestschuldner nicht ausschliesslich zur Bestreitung des notwendigen Lebensunterhaltes dienen. Ist letzteres der Fall, so ist dem Schuldner in analoger Anwendung von Art. 92 Abs. 1 Ziffer 5 SchKG jener Betrag freizugeben, auf den er während der Dauer von zwei Monaten angewiesen ist, S. 226.

Art. 144 Abs. 4 SchKG. – Zinsenlauf im Falle der Ausstellung eines Verlustscheins bei fruchtloser Einkommens- und Verdienstpfändung, S. 230.

Art. 149 und 206 SchKG. – Mit der Konkurseröffnung werden alle gegen den Schuldner hängigen Betreibungen aufgehoben. Die Konkurseröffnung während eines laufenden Lohnpfändungsverfahrens berechtigt nicht dazu, die laufende Betreibung durch Ausstellung eines Pfändungsverlustscheines abzuschliessen (Erw. 2); ein solcher Verlustschein ist nichtig (Erw. 3) und ist im Betreibungsregister zu löschen (Erw. 5), S. 232.

Fortsetzung auf der 3. Umschlagseite

Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs

Nachdruck sämtlicher Artikel nur mit Zustimmung der Redaktion und mit Quellenangabe gestattet.

La préservation de l'entreprise du failli et sa vente d'urgence

Yves de Coulon, LL.M., avocat à Genève[1]

I. Introduction

Les autorités chargées de la faillite sont fréquemment confrontées à la faillite de personnes, physiques ou morales, exploitant des entreprises en activité. Se posent alors d'épineuses questions d'opportunité en relation avec les choix stratégiques à opérer pour préserver au maximum la valeur des actifs du failli et les réaliser au mieux des intérêts des créanciers. L'administration de la masse, soit le plus souvent les offices des faillites, se trouve ainsi souvent confrontée, dans des marchés économiques fort divers, à des choix difficiles, du type de ceux que peut avoir à effectuer un entrepreneur.

L'objet de la présente contribution est d'examiner les limites du cadre légal dans lequel l'administration de la masse, et le cas échéant son autorité de surveillance, doit impérativement évoluer.

II. Le cadre légal

La loi règle de la manière suivante la préservation de l'entreprise du failli et sa réalisation anticipée:

Dès que l'office des faillites a reçu communication de l'ouverture de la faillite, il procède à l'inventaire des biens du failli et prend les mesures nécessaires pour leur conservation (art. 221 LP). Il prend les mesures de sûreté prévues par l'art. 223 LP, soit en particulier *la fermeture et la mise sous scellés* des magasins, dépôts de marchandises, ateliers ou autres, *à moins que l'entreprise du failli ne puisse être administrée sous contrôle de l'office* jusqu'à la première assemblée des créanciers (art. 223 al. 1 LP). Ce peut être le cas s'il existe une perspective de transmettre l'en-

[1] Juge assesseur suppléant à la Commission de surveillance des Offices des poursuites et des faillites de Genève.

semble de l'entreprise[2]. L'office indique ensuite au juge s'il estime que la faillite devrait être suspendue pour défaut d'actifs (art. 230 LP) ou liquidée en la forme sommaire plutôt qu'en la forme ordinaire, s'il lui semble que les biens inventoriés ne suffiront pas à couvrir les frais de liquidation ou que le cas est simple (art. 231 LP).

En cas de *liquidation ordinaire*, les créanciers, lors de la première assemblée des créanciers (convoquée immédiatement; art. 232 LP) ou consultés par circulaire (art. 255a LP), se déterminent concernant, entre autres, la continuation du commerce ou de l'industrie du failli et les ventes de gré à gré (art. 238 LP); cas échéant, la commission de surveillance des créanciers éventuellement désignée (art. 237 al. 3 LP) est compétente pour surveiller l'office qui, en tant qu'administration de la masse (à moins qu'une administration spéciale n'ait été désignée), gère la continuation de l'industrie du failli (art. 237 al. 3 LP). La *réalisation intervient après le dépôt de l'état de collocation et la deuxième assemblée des créanciers,* laquelle prend toute décision qu'elle juge nécessaire dans l'intérêt de la masse (art. 253 al. 2 LP) et décide en particulier si la réalisation interviendra par enchères publiques ou de gré à gré (art. 256 al. 1 LP).

En cas de *liquidation sommaire,* soit en pratique dans la *très grande majorité des cas* (90% des faillites qui ne sont pas suspendues pour défaut d'actifs sont liquidées en la forme sommaire)[3], la faillite est administrée uniquement par l'office qui la liquide selon les règles de la procédure ordinaire, mais simplifiées: aucune assemblée des créanciers n'est en général convoquée, ceux-ci étant consultés au besoin par voie de circulaire et la *réalisation intervient à l'expiration du délai de production,* au mieux des intérêts des créanciers (art. 231 al. 3 ch. 2 LP).

En procédure ordinaire comme en procédure sommaire, les biens appartenant à la masse sont réalisés par les soins de l'administration aux enchères publiques ou de gré à gré (art. 256 al. 1 LP); les biens sur lesquels existent des droits de gage ne peuvent être réalisés de gré à gré qu'avec l'assentiment des créanciers gagistes (art. 256 al. 2 LP); les biens de valeur élevée et les immeubles ne sont réalisés de gré à gré que *si l'occasion a été donnée aux créanciers de formuler des offres supérieures* (art. 256 al. 3 LP); les prétentions révocatoires fondées sur les art. 286 à 288 LP ne peuvent ni faire l'objet d'enchères ni être aliénées (art. 256 al. 4 LP).

L'art. 243 al. 2 LP dispose que l'administration de la masse «réalise *sans retard* les biens sujets à dépréciation rapide, dispendieux à conserver ou dont le dépôt occasionne des frais disproportionnés. Elle peut en outre ordonner la réalisation *immédiate* des valeurs et objets cotés en bourse ou sur le marché.» C'est la base légale de la vente d'urgence.

[2] François Vouilloz, Commentaire romand Poursuite et faillite, édité par Louis Dallèves/Bénédict Foëx/Nicolas Jeandin, Bâle 2005, art. 223 LP N 3.

[3] Walter A. Stoffel, Voies d'exécution, Berne 2002, § 11 n° 32; Urs Lustenberger, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, édité par Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin, vol. 3, Bâle/Genève/Munich 1998, art. 231 LP N2.

Le texte de l'art. 243 al. 2 LP a été amendé par la modification de la LP du 16 décembre 1994[4], entrée en vigueur en 1997. Sa première phrase se lisait précédemment ainsi: «les objets sujets à dépréciation ou dispendieux à conserver sont vendus sans retard». Par ailleurs, le titre marginal de l'article 243 qui énonçait précédemment *«Vente d'urgence»* est devenu *«Réalisation d'urgence»*.

Dans son message du 8 mai 1991[5], le Conseil fédéral commentait cette modification en ces termes:

«Article 243. 2e alinéa

Cet alinéa étend, par rapport au droit en vigueur, les conditions auxquelles une réalisation d'urgence est admise: désormais, l'administration peut également réaliser sans retard les biens dont le dépôt occasionnerait des frais disproportionnés (cf. à ce sujet le commentaire de l'art. 124, 2e al.). *Hormis les cas énoncés de manière exhaustive dans cet alinéa, les biens de la masse ne peuvent être réalisés qu'après la seconde assemblée des créanciers.* Jusqu'à ce moment-là, l'administration de la faillite doit uniquement conserver les actifs de la masse, c'est-à-dire en prévenir la perte.»

III. La préservation de l'entreprise du failli

Pour définir les mesures nécessaires à la conservation (art. 221 LP) et l'administration (art. 223 al. 1 LP) des biens inventoriés jusqu'à la première assemblée des créanciers (ou même au-delà en cas de liquidation sommaire), l'administration de la masse dispose d'un *pouvoir d'appréciation étendu*[6], que l'autorité cantonale de surveillance, saisie d'une plainte fondée sur l'art. 17 LP, peut revoir avec un *plein pouvoir d'examen*[7].

Hormis le cas des immeubles, réglé dans le détail par l'ORFI, la loi ne comporte que très peu d'indications sur ce que l'administration de la masse doit faire pour conserver ou administrer les actifs du failli. C'est l'intérêt de la masse, c'est-à-dire *l'intérêt des créanciers à obtenir le meilleur désintéressement possible* qui, dans les limites fixées par la loi, doit guider l'administration dans tous ses choix[8]. Cependant, la Commission de surveillance des offices des poursuites et des faillites de Genève *(CSO)* a rappelé que «la gestion des actifs du failli n'est pas une fin en soi, mais une conséquence du dessaisissement du failli et du changement fondamental d'affectation de son patrimoine (art. 197 LP); elle doit être assumée dans *une perspective de liquidation,* qui n'implique pas mais *tend plutôt à exclure des actions de valorisation* des actifs inventoriés»[9].

[4] RO 1995 p. 1227.

[5] FF 91.034.

[6] Décision de la Commission de surveillance des Offices des poursuites et des faillites de Genève DCSO/600/04, consid. 3.a.

[7] Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire de la Loi fédérale sur les poursuites et faillites, vol. 3 Lausanne 2001, ad art. 223 n° 7.

[8] DCSO/600/04, consid. 3.a.

[9] DCSO/600/04, consid. 3.c.

La notion de *valorisation*, que tend à exclure cette décision, doit ici s'entendre dans le sens de démarches visant à *augmenter* la valeur des biens à réaliser telle qu'elle existait au moment de l'ouverture de la faillite; ceci par opposition à ce que l'on pourrait appeler des démarches de *mise en valeur*, qui devraient elles se limiter à *préserver* la valeur des actifs au jour de la faillite dans la perspective d'en tirer le meilleur désintéressement possible; ou, en d'autres termes, à faire au mieux avec ce qui existe.

Dans le cas où les actifs du failli comprennent – ou forment – une entreprise en activité, l'office est confronté à la question de savoir si, en application des articles 221 et 223 LP, il convient de fermer bureaux ou ateliers et d'y apposer les scellés, ou si la poursuite de l'activité sous le contrôle de l'office (*exploitation provisoire*) peut être envisagée dans le cadre de l'art. 223 al. 1 LP, ceci dans la perspective d'une vente future de l'entreprise. En d'autres termes, la préservation de l'activité commerciale (le *fonds de commerce* de l'entreprise) nécessite-t-elle des mesures spéciales?

La *notion de fonds de commerce* comprend non seulement les biens corporels que sont le mobilier, l'agencement, le matériel, les stocks, mais aussi des biens incorporels comme le droit au bail; la clientèle, l'enseigne ou une marque[10]; on peut également y inclure le personnel, dans la mesure où il détient le *know how* de l'entreprise. La fermeture, même provisoire – par exemple jusqu'à la première assemblée des créanciers (art. 238 al. 1 LP) – de l'entreprise peut suffire à endommager gravement le fonds de commerce, voire le réduire à néant.

Pour assurer la mise en valeur du fonds de commerce d'un failli, l'office devra donc prendre, entre le prononcé de la faillite et la vente d'urgence (dont il sera question ci-dessous, chapitre IV), toutes les mesures propres à la préservation du fonds de commerce, soit en particulier les mesures propres à éviter que l'entreprise ne ferme ses portes et ne perde ainsi tout ou partie de sa clientèle et de ses collaborateurs.

Cependant, de telles démarches ne doivent pas être entreprises dans n'importe quel cas et à n'importe quel prix; l'administration de la faillite dispose de moyens financiers limités dont elle doit faire un usage économe; elle ne peut contracter des dettes de masse qu'avec prudence[11]. L'art. 243 al. 2 LP lui assigne en effet la mission de se défaire d'urgence des «biens dispendieux à conserver ou dont le dépôt occasionne des frais disproportionnés». Elle doit donc procéder à une pesée des intérêts en présence pour n'effectuer que les démarches absolument nécessaires au maintien de la valeur des actifs et leur préparation pour une vente d'urgence. Ces *démarches doivent toujours demeurer proportionnées* afin d'éviter que le surcoût qu'elles engendrent ne soit plus grand que l'amélioration du produit de la vente qui, d'après l'expérience et le bon sens, peut raisonnablement en être attendue[12].

[10] DCSO/526/06, consid. 7.
[11] DCSO/600/04, consid. 3.c.
[12] DCSO/609/06, consid. 4.b.

Dans ce cadre, il a par exemple été jugé à Genève que des frais de publicité (qui constituent typiquement des dettes de masse) de près de Fr. 5000.–, engagés par l'office pour informer le public de la vente de biens dont l'estimation était de Fr. 18 000.– seulement, apparaissaient disproportionnés[13].

Les offices n'envisagent en principe qu'avec circonspection la mise en place d'une exploitation provisoire, laquelle peut comporter des aléas très importants. A Genève, les conditions de sa mise en place sont définies par des circulaires internes à l'Office des faillites; pour mettre en place une exploitation provisoire, il faut en particulier (i) l'autorisation expresse préalable de la direction de l'Office, (ii) la mise en place d'un suivi efficace et (iii) la fourniture par un tiers (acquéreur potentiel, créancier ou ayant-droits de la faillie) de garanties financières suffisantes.

Ce sont surtout les obligations découlant des contrats de travail et de bail qui peuvent générer d'importantes dettes de masse, lesquelles s'avèrent souvent trop lourdes au regard des liquidités disponibles qui sont, par définition, réduites, voire inexistantes.

En ce qui concerne les *contrats de travail*, rappelons que l'art. 337a CO confère à l'employé, en cas de faillite de l'employeur, le droit de résilier son contrat avec effet immédiat si des sûretés ne lui sont pas fournies pour garantir le paiement de son salaire; ces sûretés doivent garantir toutes les prestations contractuelles du salarié, soit le salaire dû pour le travail déjà fourni ainsi que le salaire dû jusqu'au terme normal du contrat[14]. Par contre, le Tribunal fédéral a jugé que l'art. 333 CO – qui dispose que, dans le cas d'un transfert d'entreprise, les rapports de travail passent automatiquement à l'acquéreur avec les droits et obligations qui en découlent – n'était pas applicable en cas de faillite, lorsque l'entreprise du failli est transférée à un tiers[15]. Cette jurisprudence a deux conséquences principales: (i) l'acquéreur n'est pas tenu de reprendre l'ensemble des collaborateurs employés par la société en faillite et (ii) la masse n'assume plus de responsabilité solidaire au sens de l'art 333 al. 2 CO et se trouve libérée de toute obligation à l'égard des travailleurs, pour le travail qu'ils fourniront à l'avenir, dès qu'ils ont conclu un nouveau contrat avec le repreneur.

Dans le cas de la faillite d'une chaîne de fitness romands qui avait défrayé la chronique au début 2003[16], l'Office des faillites de Genève s'était convaincu que l'intérêt des créanciers commandait de préserver le fonds de commerce – lequel était en particulier constitué de la clientèle titulaire d'un abonnement, des contrats de travail, des baux à loyers, du matériel ainsi que de l'enseigne – pour le réaliser en bloc. Or l'office se trouvait en négociation avancée avec un repreneur qui avait démontré son

[13] DCSO/609/06, consid. 4.c.
[14] Gabriel Aubert, Commentaire romand Code des obligations I, édité par Luc Thévenoz/Franz Werró, Bâle 2003. art. 337a CO N 4.
[15] ATF 129 III 335.
[16] Cf. article paru dans la Tribune de Genève le 5 mars 2003, p. 13.

sérieux mais posait comme condition *sine qua non* à son offre que les fitness exploités par la faillie ne ferment pas leurs portes durant la période de transition, même très courte, car cela aurait provoqué la ruine du fonds de commerce. L'office avait donc mis en place une exploitation provisoire, les collaborateurs de la faillie ayant accepté de poursuivre l'exploitation sans fourniture de sûretés, pendant quelques jours seulement et dans l'attente d'une vente d'urgence qui a finalement sauvé l'essentiel des emplois[17].

En ce qui concerne le *bail à loyer*, l'art. 266h CO confère de même au propriétaire des locaux le droit de résilier le bail en cas de faillite du locataire, si des sûretés ne lui sont pas fournies pour les loyers à échoir. Cela signifie que si la masse en faillite veut garantir la préservation du droit au bail du failli – lequel peut représenter une partie importante de la valeur du fonds de commerce – elle doit «entrer» dans le bail, soit annoncer son intention de poursuivre les relations contractuelles du failli avec le bailleur en fournissant des sûretés. Elle sera ensuite en mesure de céder le bail au bénéfice des créanciers, conformément aux termes de l'art. 263 CO. A noter à ce sujet que le droit au bail ne peut éventuellement bénéficier aux créanciers que dans le cadre d'une vente de gré à gré dans la faillite, sa réalisation forcée étant impossible[18].

Dans le cadre de la faillite d'un magasin d'optique situé dans un quartier commerçant particulièrement prestigieux[19], l'office a dû décider – confronté à l'attitude peu coopérante du bailleur qui souhaitait imposer au repreneur une très importante augmentation de loyer incompatible avec la poursuite de l'activité du failli (et donc avec la vente de son fonds de commerce) – d'entrer dans le bail en fournissant des sûretés pour les loyers à échoir qui lui avaient été remises par le repreneur potentiel. En effet, le droit au bail apparaissait dans cette affaire absolument indissociable de la valeur du fonds de commerce. Saisie d'un recours, la Commission de surveillance a estimé que l'office s'était ainsi engagé dans un processus risqué, qui tendait à lui conférer une vocation à la limite de celle qu'une administration de faillite peut assumer, en tant qu'il visait davantage à valoriser les actifs de la masse qu'à simplement en conserver la valeur et pouvait provoquer un délicat accroissement des dettes de masse à défaut d'aboutissement rapide de l'affaire[20], risque qui ne s'est heureusement pas réalisé.

Enfin, dans le cas de la faillite d'une boulangerie artisanale[21], l'office a maintenu, sous son contrôle et conformément à l'art. 223 al. 1 LP, l'exploitation provisoire du commerce moyennant la fourniture par un proche du failli d'une garantie permettant de couvrir les frais d'exploitation. La Commission de surveillence a estimé qu'une telle démarche méritait d'être saluée,

[17] Feuille d'avis officielle de Genève (FAO) du 9 juillet 2003, p. 7.
[18] DCSO/526/06.
[19] DCSO/600/04.
[20] DCSO/600/04, consid. 4.b.
[21] FAO du 17 mai 2006, p. 8.

dans la mesure où les frais de la masse liés au maintien de l'exploitation provisoire étaient largement couverts et que la réalisation aux enchères publiques du fonds de commerce qui s'en était suivie avait été favorable aux intérêts des créanciers tout en permettant de sauver plusieurs emplois[22].

IV. La vente d'urgence

La réalisation des actifs intervient, *en procédure ordinaire*, après la deuxième assemblée des créanciers ou, *en procédure sommaire*, après l'expiration du délai pour les productions (cf. ci-dessus chapitre I). Ces délais ne sont cependant pas toujours compatibles avec la réalité économique, en particulier lorsque les biens du failli comprennent une entreprise en exploitation au moment du prononcé de la faillite et dont l'administration de la masse cherche à sauver le fonds de commerce. C'est un contexte dans lequel l'administration de la masse peut avoir recours à l'art. 243 al. 2 LP pour procéder à une vente d'urgence, ceci lorsque l'une des conditions alternatives que cette disposition énumère exhaustivement[23] est réalisée, soit si les biens (i) sont sujets à *dépréciation rapide*, (ii) sont *dispendieux à conserver* ou (iii) occasionnent pour leur dépôt des *frais disproportionnés*.

Rappelons toutefois d'entrée que la possibilité offerte par l'art. 243 al. 2 LP est toutefois restreinte à l'égard des droits patrimoniaux du failli portant sur des immeubles, lesquels ne peuvent être réalisés qu'une fois l'état des charges dressé (art. 231 al. 3 ch. 2 LP). En effet, la fixation d'un prix de vente correspondant à la valeur de l'immeuble n'est possible que si les charges qui le grèvent sont clairement établies[24].

Une réalisation d'urgence suppose l'existence de *circonstances particulières* justifiant de déroger au cours ordinaire de la procédure, comme la nécessité de prévenir un dommage, notamment lorsqu'il est établi que les perspectives d'une réalisation favorable d'actifs de la masse se réduisent notablement avec l'écoulement du temps, eu égard à la nature et aux caractéristiques des biens considérés[25]. L'administration doit donc vérifier, le cas échéant constater, (i) que l'objet est soumis à une *menace immédiate de perte de valeur* rendant la vente d'urgence inévitable, (ii) que le *prix auquel la vente de gré à gré est envisagée correspond à la valeur de l'objet*[26]. D'une manière générale, l'administration de la masse devra faire preuve de sang froid et de circonspection au moment de conclure des conventions de cession à un stade peu avancé de la procédure; ceci afin d'éviter que la peur de la chute rapide de la valeur des actifs ne l'incite à conclure dans des conditions qui puissent fonder une légitime

[22] Décision non publiée de la CSO en prolongation du délai de liquidation, cause A/4611/2006.
[23] Cf. message du Conseil fédéral in FF 91.034 évoqué ci-dessus ch. II.
[24] ATF 119 III 77, consid. 1; ATF 107 III 88, consid. 1.
[25] Gilliéron, op. cit., ad art. 238 N 10; Marc Russenberger, Kommentar cité n. 3, art. 243 N 8; ATF 131 III 280, consid. 2.1.
[26] Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug (ZGGVP) 1991–1992 p. 175.

suspicion que l'acquéreur aurait manipulé l'administration et acquis l'actif vendu à un prix par trop inférieur au prix du marché[27].

Cependant, la jurisprudence et la doctrine majoritaire admettent désormais la prise en compte de *motifs économiques* à l'appui de la décision de procéder à une réalisation d'urgence, si bien qu'au sens de l'art. 243 al. 2 LP, *un fonds de commerce peut représenter un actif soumis à dépréciation rapide* et donc être vendu d'urgence lorsque se présente une occasion favorable de le remettre à un repreneur dans de bonnes conditions *sauvant des emplois et permettant la continuation du bail*[28]. La condition de l'urgence, liée à un risque de dépréciation rapide, doit être considérée comme remplie dans le cas d'une entreprise exploitée par une société déclarée en faillite, qui doit faire face à l'exode de sa clientèle dès que la faillite est connue[29]. Une partie de la doctrine estime par contre que, l'art. 243 al. 2 LP énumérant de façon exhaustive les conditions dans lesquelles une vente d'urgence peut avoir lieu, la pure opportunité économique n'a pas à entrer en ligne de compte[30].

A noter cependant que la continuation d'un bail ou le sauvetage d'emplois ne doivent pas non plus être considérés comme des conditions indispensables à l'admissibilité d'une vente d'urgence, si (i) la condition de la rapide dépréciation d'un fonds de commerce ou de certains actifs importants d'un fonds de commerce (ou l'une des deux autres conditions posées par l'art 243 al. 2 LP) est réalisée pour elle-même de façon suffisante, ou si (ii) les conditions de la vente induisent pour la masse d'autres avantages importants qui servent les intérêts des créanciers[31]. A l'inverse, la continuation d'un bail et le sauvetage d'emplois ne sauraient suffire à justifier la conclusion d'une vente d'urgence globalement défavorable aux intérêts des créanciers, car ce sont les intérêts de la globalité d'entre eux que l'administration de la faillite doit défendre, et non ceux, particuliers, de bailleurs ou travailleurs[32].

La *convention de cession* conclue par l'office avec un repreneur dans le cas d'une vente de gré à gré est un acte de droit public[33]. Elle s'interprète cependant selon les principes généraux de l'interprétation des contrats[34]. Lorsqu'il s'agit de la cession d'un fonds de commerce, une telle

[27] Autorité de surveillance de canton de St Gall, 22 novembre 1999, BlSchK 2000 p. 65.
[28] ATF 131 III 280, consid. 2.1; DCSO/92/06, consid. 2.c.; DCSO/314/05, consid. 2.b; DCSO/600/04, consid. 2.c; Décision 08/02 de l'ancienne autorité de surveillance du canton de Genève; Russenberger, Kommentar cité n. 3, art. 243 N 10; Georges Vonder Mühll, Der wirtschaftlich begründete Dringlichkeitsverkauf von Mobilien im Konkurs, BlSchK 1995 p. 1 ss; Raphaël Martin, La surveillance en matière de poursuites et faillites: premières expériences et jurisprudences d'une nouvelle autorité, SJ 2008 II p. 131 (181).
[29] Markus Vischer, Unternehmenserwerb aus dem Konkurs, RSDA 2002 p. 151 ss.
[30] Nicolas Jeandin/Philipp Fischer, Commentaire romand cité n. 2, art. 243 N 15.
[31] DCSO/487/06, consid. 3.b.
[32] DCSO/487/06, consid. 3.b.
[33] ATF 106 III 79 consid. 3 et 4.
[34] ATF 7B.167/1999, consid. 4.

convention doit être qualifiée de contrat sui generis[35]. Dans les contacts et pourparlers en vue de sa conclusion, l'administration de la masse est tenue d'agir de bonne foi. Par contre, elle n'est pas tenue de suivre des règles garantissant une égalité de traitement des acquéreurs potentiels d'actifs du failli au détriment des intérêts des créanciers[36]. Dans la très grande majorité des cas, la convention comprendra une clause qui stipule qu'elle n'entrera en vigueur que si les créanciers gagistes (s'il y en a) ne s'y opposent pas et que les créanciers ordinaires ne formulent pas d'offre supérieure.

En effet, l'*art. 256 LP* réserve expressément (al. 2) *l'accord des créanciers gagistes* préalablement à la réalisation de l'objet d'un gage, et (al. 3) le *droit des créanciers de présenter une offre supérieure* dans le cadre d'une vente de gré à gré de *biens de valeur élevée et d'immeubles*. Le droit de faire une offre supérieure appartient à tous les créanciers, même si l'offre retenue par l'administration pour procéder à la vente de gré à gré permettait déjà de les désintéresser tous intégralement[37]. Cette obligation peut constituer un obstacle à la réalisation d'une vente d'urgence lorsque des motifs économiques auxquels il a été fait référence plus haut imposent d'agir avec une célérité particulière dès l'ouverture de la faillite. Pratiquement, si la possibilité d'une vente d'urgence se présente avant même que le mode de liquidation de la faillite ne soit défini et que la première publication ne soit intervenue, tous les créanciers – gagistes ou non – ne sont pas forcément connus de l'office[38]. Le seul mode de communication envisageable avec eux étant alors la publication, le délai nécessaire peut s'avérer trop long. De plus, la publicité ainsi créée dans le public peut augmenter encore le degré d'urgence en faisant fuir la clientèle de l'entreprise faillie. La question se pose donc de savoir si on peut se passer d'en référer aux créanciers avant la conclusion de la vente.

Le Tribunal fédéral a jusqu'ici expressément laissé ouverte la question de savoir si, dans une situation d'urgence au sens de l'art. 243 al. 2 LP, l'occasion devait *impérativement* être donnée aux créanciers de formuler des offres supérieures lors de la réalisation d'un bien de valeur élevée[39]. Il ne s'est pas non plus prononcé sur le point de savoir si l'assentiment des créanciers gagistes était indispensable à la passation d'un tel acte.

Dans l'ATF 105 III 72, le Tribunal fédéral a constaté que la Cour des poursuites et des faillites du Tribunal cantonal du canton de Vaud semblait pour sa part admettre qu'aux conditions prévues à l'art. 243 al. 2 LP l'administration pouvait vendre des biens de gré à gré sans en référer aux créanciers[40]. La Commission de surveillance a elle affirmé qu'en cas de

[35] ATF 4C.197/2002.
[36] DCSO/600/04.
[37] ATF 88 III 39s., JT 1962 II 62, consid. 6; Gilliéron, op. cit., ad art. 256 N 36.
[38] DCSO/487/06, consid. 2.d.
[39] ATF 131 III 280, consid. 2.1; ATF 105 III 72 (76).
[40] ATF 105 III 72, consid. 3.b.

vente d'urgence, l'administration de la faillite doit respecter *«dans la mesure du possible»* les dispositions de l'art. 256 al. 2 et 3 LP, s'agissant de recueillir l'assentiment des créanciers gagistes pour des biens constitués en gage et d'offrir aux créanciers l'occasion de formuler des offres supérieures[41]. Il s'agirait de mettre en balance les intérêts des créanciers gagistes et autres créanciers pris individuellement et ceux de l'ensemble des créanciers à une efficace liquidation de la faillite en termes de probables dividendes susceptibles d'être finalement distribués, mais aussi de prévisibles temps et coûts de liquidation de la faillite[42]. Cette approche s'appuie aussi sur le pouvoir d'appréciation étendu reconnu à l'office en matière de vente d'urgence[43].

La *«mesure du possible»* évoquée ci-dessus doit s'apprécier au regard du *degré d'urgence* et des *enjeux* (y compris économiques) de la vente considérée, mais aussi de la protection que visent à conférer les droits normalement reconnus aux créanciers gagistes et autres créanciers, ce qui peut justifier de parvenir à un résultat différent selon qu'il s'agit de l'assentiment des créanciers gagistes ou de la possibilité de formuler une offre supérieure. Certes, l'appréciation des intérêts en présence ne peut reposer sur des certitudes mais elle ne peut pas non plus être basée sur de simples conjectures; elle doit pouvoir s'appuyer sur des *vraisemblances fiables* et *hautement crédibles*[44].

Selon Gilliéron, lorsque la faillite est liquidée en la forme ordinaire, on peut hésiter sur la question de savoir si l'urgence de l'art. 243 al. 2 LP peut autoriser l'administration de la masse à s'affranchir des règles prévues par l'art. 256 al. 2 et 3 LP. Par contre, si la faillite est liquidée selon le mode sommaire, la réponse doit être affirmative[45].

A noter encore que la *notion de «valeur élevée»* mentionnée à l'art. 256 al. 2 LP doit s'apprécier objectivement sur la base de la valeur d'estimation figurant dans l'inventaire des biens du failli établi par l'office (art. 221 LP)[46]. On doit vraisemblablement admettre qu'un bien représente une valeur élevée lorsque sa valeur d'estimation atteint au moins Fr. 20 000.–[47]. Un fonds de commerce constitue donc en principe un bien de valeur élevée[48].

Enfin, l'art. 256 al. 3 LP ne confère pas aux créanciers un droit de préemption; l'administration n'a pas l'obligation d'accepter d'emblée

[41] DCSO/600/04 consid. 2.c in fine.
[42] DCSO/487/06, consid. 2.b.
[43] DCSO/487/06, consid. 2.b. et références citées: BlSchK 1999 p. 67; Gilliéron, op. cit., ad art. 243 N 25; Thomas Bauer, volume complémentaire au commentaire cité n. 3, Bâle 2005, art. 243 N 8 et 10.
[44] DCSO/91/06 et DCSO/92/06.
[45] Gilliéron, op. cit., ad art. 243 N 26 *in fine*.
[46] Gilliéron, op. cit., ad art. 256 N 33; Autorité de surveillance du canton de St Gall, 26 juin 1998, BlSchK 1999, p. 112ss.
[47] Bénédict Foëx, Commentaire romand cité n. 2, art. 256 N 16.
[48] DCSO/487/06, consid. 2.d.

l'offre supérieure émanant du créancier et conserve la faculté de demander ensuite au tiers s'il veut surenchérir[49].

Dans la pratique, les ventes d'urgence – soit *stricto sensu* celles qui interviennent (en liquidation sommaire) avant le dépôt de l'état de collocation ou (en liquidation ordinaire) avant la seconde assemblée des créanciers – sont très peu fréquentes. A Genève, les recherches dans la Feuille d'avis officielle permettent d'en identifier douze seulement en cinq ans, entre 2003 et 2008[50]. Il est encore beaucoup plus rare qu'une vente d'urgence ne réserve pas les droits reconnus aux créanciers, gagistes ou non, par l'art. 256 al. 2 et 3 LP. Les ventes conclues par l'administration de la masse réservent en effet presque toujours le droit des créanciers de formuler une offre supérieure. Leur exécution est subordonnée à la condition qu'aucun créancier n'ait présenté une telle offre, en principe dans les 20 jours suivant la publication. Dans les douze cas évoqués ci-dessus, un seul concernait une vente d'urgence déjà entrée en force au moment de la publication et dans laquelle les droits des créanciers n'avaient pas été réservés.

Ce dernier cas, unique à notre connaissance, de vente d'*extrême* urgence concerne la faillite (liquidée en procédure sommaire) de la chaîne de fitness déjà évoquée au chapitre II. Après avoir paré à la ruine du fonds de commerce en mettant en place une exploitation provisoire, l'office a procédé, dans les quinze jours suivant la faillite, à une vente d'urgence définitive. Il en a ensuite informé les créanciers par publication et a attiré leur attention sur le fait que la convention de cession était à leur disposition pour consultation[51]. Par contre, l'occasion ne leur a pas été donnée de formuler des offres supérieures. En l'occurrence, la convention conclue portait sur la reprise de tous les actifs de la faillie, mais elle imposait aussi un certain nombre d'obligations aux repreneurs qui s'obligeaient à réengager la presque totalité du personnel, à assurer l'essentiel des prestations dues par la faillie aux termes des contrats d'abonnement de ses membres et à conclure de nouveaux baux à loyers avec les bailleurs des locaux des centres fitness[52]. Ici, le fonds de commerce vendu représentait donc bien un actif soumis à dépréciation rapide et, devant une occasion favorable de le remettre à un repreneur dans de bonnes conditions en sauvant les emplois et permettant la continuation des baux[53], l'office semblait fondé à procéder à une telle vente d'extrême urgence. Cette dernière n'a d'ailleurs fait l'objet d'aucune plainte à l'autorité de surveillance. Dans ces conditions, l'on peut raisonnablement penser que cette vente remplissait

[49] Bénédict Foëx, Commentaire romand cité n. 2, art. 256 N 18; Markus Vischer, cité n. 2, RSDA 2002, p. 154.
[50] FAO du 2 juillet 2003 p.7, 29 septembre 2004 p. 8, 3 novembre 2004 p. 23, 1 décembre 2004 p. 10, 26 janvier 2005 p. 9, 16 mars 2005 p. 11, 28 décembre 2005 p. 8, 7 juin 2006 p. 10, 29 août 2007 p. 9, 1 décembre 2007 p. 10 et 21 mai 2008.
[51] FAO du 2 juillet 2003, p. 7.
[52] Cf. article paru dans la Tribune de Genève le 5 mars 2003, p. 13.
[53] ATF 131 III 280, consid. 2.1.

valablement l'ensemble des conditions évoquées dans le présent chapitre IV pour pouvoir faire exception à l'art. 256 al. 2 et 3 LP.

Dans un autre exemple évoqué ci-dessus, soit la faillite (également liquidée en procédure sommaire) d'un magasin d'optique, l'office a au contraire opté pour une vente d'urgence *classique*, soit intervenant conformément à l'art. 243 al. 2 LP avant l'expiration du délai de production, mais ne faisant pas exception aux règles de l'art. 256 al. 2 et 3 LP. Après que l'office a conclu avec des repreneurs une convention provisoire de vente du fonds de commerce (incluant la cession du droit au bail), les créanciers ont été informés par publication qu'ils disposaient d'un délai de 20 jours pour formuler des offres supérieures[54]. Aucun créancier ne s'est annoncé. Par contre, un tiers, également intéressé à la reprise du fonds de commerce, a déposé plainte contre la décision de l'office de conclure la convention de cession au motif que ce dernier n'aurait pas sérieusement considéré son offre avant de l'écarter. L'office a alors modifié sa première décision en convoquant des enchères privées auxquelles le tiers était invité. Cette seconde décision a à son tour fait l'objet d'une plainte à l'autorité de surveillance, déposée cette fois par les repreneurs. L'affaire a ensuite été tranchée successivement par la Commission de surveillance[55] puis par le Tribunal fédéral[56], lequel a finalement confirmé la validité de la convention de cession originale.

V. Conclusion

A Genève, la Commission de surveillance est tenue informée des ventes d'urgence décidées par les offices des poursuites et des faillites, non seulement par le biais d'éventuelles plaintes qui les viseraient, mais également en vertu d'une disposition spécifique de la loi cantonale d'application de la LP (LaLP) qui fixe le cadre dans lequel une vente de gré à gré peut intervenir et prévoit que:

«Dans tous les cas où le choix du mode de réalisation appartient à l'office compétent, les réalisations d'actifs doivent en principe être entreprises dans le cadre de ventes aux enchères publiques. Lorsque l'office dispose d'une ou plusieurs *offres atteignant au moins la valeur de marché des actifs à réaliser aux dires de professionnels compétents* et dans les cas prévus par la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, des ventes aux enchères restreintes ou des ventes de gré à gré peuvent être mises sur pied après accord du préposé. Sa décision est communiquée pour information à l'autorité de surveillance»[57].

Cette obligation d'informer systématiquement l'autorité de surveillance est une particularité de la loi genevoise qui visait à prévenir certains abus du passé. Elle ne semble pas trouver d'équivalent dans les autres

[54] FAO du 3 novembre 2004, p. 23.
[55] DCSO/600/04.
[56] ATF 131 III 280.
[57] Art. 7 al. 1 LaLP GE.

cantons. Elle a été fortement décriée lors de l'adoption de la LaLP en 2002 dans la mesure où elle placerait la Commission de surveillance dans une situation ambiguë: peut-elle/doit-elle se contenter de prendre connaissance sans commentaire des ventes de gré à gré dont elle est informée en vertu de l'art. 7 al. 1 LaLP mais qui ne font pas l'objet d'une plainte, quand bien même elle les estimerait contestables et qu'elle assume une responsabilité générale de contrôle des offices[58]?

Agissant dans le cadre de cette activité de contrôle, la Commission de surveillance constatait, dans un courrier de recommandation à l'attention du préposé de l'Office des faillites du 16 novembre 2006, que le recours à des ventes de gré à gré «semblait résulter davantage de concours de circonstances (en particulier du hasard de la formulation d'une offre) que d'une recherche d'une bonne valorisation des actifs à réaliser». En conséquence, la Commission de surveillance déclarait soutenir «le développement raisonnable d'une *pratique d'appels d'offres* portant sur des actifs à réaliser dans la liquidation sommaire de faillites, dans toute la mesure où cela permet à l'Office des faillites de choisir en meilleure connaissance de cause le mode de réalisation le plus avantageux pour les créanciers en termes de résultat net des opérations». Dans ce contexte, elle appelait également de ses vœux une harmonisation de la pratique des différentes cellules en charge de la liquidation des faillites et concluait en ses termes: «Nous vous encourageons ainsi à mettre en œuvre une *pratique raisonnable de valorisation des actifs à réaliser*, et évidemment respectueuse des exigences résultant notamment de l'art. 256 al. 2 à 4 LP.»

Sur la forme, on notera que l'utilisation du terme *valorisation* dans ce contexte semble malheureuse. En effet, on se rappellera que la Commission de surveillance a jugé que la mission assignée à l'office dans la liquidation de la faillite tendait «à exclure des actions de valorisation des actifs inventoriés»[59]. Il faut donc comprendre que la Commission appelle en fait de ses vœux une *mise en valeur* des actifs à réaliser – laquelle est effectivement hautement souhaitable dans l'intérêt des créanciers – plutôt que leur *valorisation* (cf chapitre III, ci-dessus).

Sur le fond, il faut se réjouir de cette volonté de dynamiser la gestion et la liquidation des faillites, dans l'intérêt bien compris des créanciers et dans un cadre strict permettant d'éviter les errances et les abus. D'une manière générale, la prise en compte, aujourd'hui reconnue par la jurisprudence, du contexte économique dans lequel s'inscrit une faillite pour en assurer la liquidation dans les meilleures conditions possibles, nous paraît de nature à diminuer, autant que faire se peut, la perte que les créanciers subissent inévitablement, ce qui est en fait le rôle général assigné par la loi aux autorités en charge de l'exécution forcée.

[58] Art. 10 al. 2 LaLP GE.
[59] DCSO/600/04, consid. 3.c.