

Hochschulstrasse 17
Case postale
3001 Berne
Téléphone +41 31 635 48 12
Fax +41 31 634 50 55
coursupreme-civil.berne@justice.be.ch
www.justice.be.ch/coursupreme

Décision

ZK 19 442

Berne, le 7 novembre 2019

Composition

Juges d'appel Geiser (Juge instructeur), Niklaus et Hurni
Greffière Saïd

Participants à la procédure

A. _____ Co. Ltd.,
représentée par M^e B. _____
requérante/recourante



et

**Tribunal régional Jura bernois-Seeland, Agence du Jura
bernois**
autorité précédente

et

C. _____ AG
faillie concernée

Objet

recours contre une décision du 5 août 2019 relative à une
autorisation conformément à l'art. 298 al. 2 LP donnée par le
Tribunal régional Jura bernois-Seeland, Agence du Jura bernois,
(CIV 2018 5517)

Chapeau :

Voies de recours contre la décision du juge du concordat d'autoriser la vente d'actifs au sens de l'art. 298 al. 2 de la loi sur la poursuite pour dettes et faillites (LP ; RS 281.1).

Considérants:

I. En procédure

1. Par mémoire du 23 août 2019, M^e B._____, mandataire de A._____ Co. Ltd. (ci-après également : la recourante) a interjeté recours contre la décision d'autorisation de vente d'actifs du 5 août 2019 rendue par le Tribunal régional Jura bernois-Seeland, Agence du Jura bernois et a pris les conclusions suivantes :

Plaise à la Cour suprême du canton de Berne

Préalablement

1. Autoriser A._____ à consulter le dossier de la présente procédure après l'acheminement du dossier complet du Tribunal régional Jura bernois-Seeland auprès de la Cour suprême.
2. Réserver à A._____ le droit de compléter son recours après consultation du dossier complet de la procédure.

Principalement

3. Annuler la décision d'autorisation CIV 18 5517 ZUG rendue le 5 août 2019 par le Tribunal régional Jura bernois-Seeland.

Cela fait

4. Constater la nullité de la vente des actifs mobiliers immobilisés sur les deux sites de C._____ AG à D._____ et E._____ et du contrat de vente (Business Transfer Agreement) conclu entre C._____ AG et F._____ AG.
5. Constater la nullité du contrat de bail conclu entre C._____ AG et F._____ AG concernant le site à D._____ et annoté au Registre foncier.
6. Débouter tout opposant de toutes autres ou contraires conclusions.
7. Avec suite de frais et dépens.
2. Prenant et donnant acte du recours, le Juge instructeur a imparti par ordonnance du 28 août 2019 un délai de 10 jours à la recourante pour verser une avance de frais de CHF 4'000.00.
3. Par ordonnance motivée du 3 septembre 2019, le Juge instructeur a rejeté la requête de la recourante de prolongation du délai pour verser l'avance de frais.

4. Le 1^{er} octobre 2019, le Juge instructeur a constaté que la recourante avait versé en temps voulu l'avance de frais requise et, en application de l'art. 322 al. 1 du Code de procédure civile (CPC ; RS 272), a renoncé à requérir une prise de position de la faillie et du Juge de première instance.

II. En fait

5. S'agissant des faits, il est renvoyé aux considérants de la décision entreprise.

III. Recevabilité

6. L'objet du recours est la décision du 5 août 2019 rendue par le Tribunal régional Jura bernois-Seeland, Agence du Jura bernois, par laquelle la vente de certains actifs de C. _____ AG à F. _____ SA selon le chiffre 1 des conclusions de la demande du commissaire au sursis du 5 août 2019 a été autorisée. Par ailleurs, la conclusion d'un contrat de bail entre C. _____ AG et F. _____ SA ainsi que l'annotation du bail au Registre foncier selon le chiffre 2 des conclusions de la demande du commissaire au sursis du 5 août 2019 sont également contestés. La recourante demande à la Cour de céans d'annuler l'autorisation correspondante et de « constater la nullité » de ce contrat de bail ainsi que de la vente des actifs mobiliers immobilisés.
7. Selon l'art. 298 al. 2 de la loi sur la poursuite pour dettes et faillite (LP ; RS 281.1), sauf autorisation du juge du concordat ou de la commission des créanciers, il est interdit, sous peine de nullité, d'aliéner ou de grever l'actif immobilisé, de constituer un gage, de se porter caution et de disposer à titre gratuit pendant la durée du sursis.
8. Il convient ainsi en l'espèce de trancher la question de savoir si la voie du recours au sens strict selon le CPC (art. 319-327) est ouverte à l'encontre de la décision du juge du concordat d'autoriser la vente d'actifs au sens de l'art. 298 al. 2 LP.
9. Le droit du concordat a été révisé assez récemment (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2014) et le législateur a pris des dispositions expresses précises en matière de voies de recours en vue de préciser quand la voie du recours est ouverte et quand tel n'est pas le cas, respectivement quand un recours n'est possible que de manière limitée (cf. les art. 293d, 295c al. 1 et 296a al. 3 LP). Compte tenu de l'importance des décisions en matière de concordat, le législateur est même allé jusqu'à prendre des dispositions spéciales en matière d'effet suspensif (cf. art. 295c al. 2 LP). L'art. 298 LP ne contient toutefois aucune norme qui donnerait la possibilité à un créancier ou à un autre tiers de remettre en question la décision rendue par le juge du concordat en matière de vente d'actifs (dans ce sens également pour l'ancienne teneur de l'art. 298 al. 2 LP, mais dont le principe était le même : LUCIEN GANI, in Commentaire Romand, Poursuite et faillite, 2005, n° 17 ad art. 298 LP ; cf. également HUBERT GMÜNDER, Der Betriebsverkauf in den Insolvenzverfahren, 2018, nos 720 et 842). Forte de ce constat, la Cour

considère, au vu de la nature et de l'enjeu économique des décisions prises selon l'art. 298 al. 2 LP qu'il s'agit là d'un silence qualifié du législateur. Il est évident que ce dernier aurait expressément prévu une voie de recours si telle avait été son intention.

10. La consultation de la doctrine ne conduit pas la 2^e Chambre civile à affirmer qu'un recours est possible contre une décision d'autorisation donnée par le juge du concordat par laquelle ce dernier autorise la vente d'actifs.

En effet, rares sont les auteurs qui abordent cette question et ceux qui le font se contentent d'affirmer – de manière péremptoire – que la décision du juge du concordat est sujette à recours au sens des art. 319 ss CPC, toutefois sans motiver leur avis qui ne repose sur aucune base légale (DANIEL HUNKELER, in *Kurzkommentar SchKG*, 2^e éd. 2014, n° 38 ad art. 298 LP ; BRIGITTE UMBACH-SPAHN/STEPHAN KESSELBACH/STEFAN BOSSART, in *Kommentar SchKG*, 4^e éd. 2017, n° 15 ad art. 298 LP). A relever que dans sa contribution rédigée sous l'empire de l'ancien droit (tant concordataire que de procédure civile), FRANCO LORANDI, est bien d'avis qu'une voie de droit existe à l'encontre de telles décisions (pour autant qu'un « tribunal concordataire supérieur » ait été institué par le droit cantonal), mais que les créanciers n'y sont pas légitimés (FRANCO LORANDI, *Genehmigungsbedürftige Geschäfte während der Nachlassstundung*, 2004, p. 100 et 101). Pour les raisons explicitées ci-dessus (ch. 9), les réflexions faites par l'auteur précité s'agissant de l'existence d'une voie de droit ne sauraient être reprises sous le nouveau droit concordataire. Il est encore légitime de relever que dans sa thèse, HUBERT GMÜNDER (*op. cit.*, cf. en particulier n°s 617 ss), lorsqu'il aborde la question de l'autorisation du juge du concordat au sens de l'art. 298 al. 2 LP, ne parle à aucun moment d'un quelconque moyen de droit, ce qui est éloquent en soi. Par ailleurs et bien que cet élément ne soit à lui seul pas déterminant, le fait qu'aucune décision portant sur cette question n'ait jamais été rendue par la Cour suprême du canton de Berne ou par le Tribunal fédéral n'est pas dû au seul hasard.

11. A cela s'ajoute que l'art. 298 al. 2 LP est muet sur les buts d'une vente de l'actif immobilisé. On peut toutefois légitimement partir du principe que la prise en compte et la conciliation d'intérêts parfois divergents est admise (employés, créanciers, repreneur, etc. ; cf. art. 293a al. 3 LP). Si, à l'instar de ce qu'affirme la recourante, il peut être admis que l'un des buts poursuivi est bien celui de la protection des intérêts des créanciers, ce n'est de loin pas le seul (cf. à ce sujet HUBERT GMÜNDER, *op. cit.*, n°s 624 et 625).

Le Message relatif à une modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 8 septembre 2010 parle d'ailleurs principalement « d'intérêts de tiers » (FF 2010-1531). On rappellera dans ce contexte qu'en vertu de l'art. 320 CPC, les griefs recevables dans le cadre d'un recours se limitent à une violation du droit et à une constatation manifestement inexacte des faits. A l'exception d'un hypothétique vice procédural difficile à imaginer compte tenu du fait que ni les créanciers, ni la société concernée par le sursis concordataire, ni d'autres tiers ne

sont impliqués à ce stade de la procédure concordataire, on voit mal en quoi le droit pourrait être violé, car aucune disposition ne précise les conditions devant être remplies pour accorder cette autorisation. Dans ces circonstances, il ne serait guère possible pour l'autorité de recours de faire un contrôle de l'application du droit (*Rechtskontrolle*).

La décision de cette nature se base en effet essentiellement sur des motifs d'opportunité en tenant compte des différents intérêts en présence, lesquels ne sont pas uniquement ceux d'un requérant et d'un requis comme dans le cadre d'une procédure ordinaire, mais de tiers qui ne sont nullement parties à la procédure comme indiqué plus haut. Les conséquences d'une telle autorisation se font en effet ressentir au niveau de la société concernée par la procédure concordataire, à celui des créanciers et des débiteurs de celle-ci et touchent également les employés de la société en procédure concordataire, pour ne citer que les cercles les plus proches. Dans ces conditions, il serait pratiquement impossible à l'autorité de recours de revoir un éventuel établissement arbitraire des faits. Dans le meilleur des cas, l'autorité de recours pourrait certes parvenir à la conclusion que tel ou tel poste de l'actif est sous-évalué de manière objective. Ce constat à lui seul ne serait cependant d'aucune utilité.

Une offre de reprise comme dans le cas d'espèce doit en effet être évaluée dans son ensemble en tenant compte de toutes les conséquences d'un accord ou d'un refus pour un cercle très vaste de « tiers ». L'autorité de recours ne pourrait par exemple pas dire qu'il aurait été nécessaire de refuser le consentement judiciaire pour attendre une hypothétique autre offre. Même s'il devait être admis que les intérêts prioritaires sont ceux des créanciers (ce qui n'est clairement pas le cas), il serait également extrêmement difficile à l'autorité de recours de retenir qu'une faillite immédiate sans vente d'actifs serait plus favorable pour les créanciers et devrait dès lors être privilégiée. A cela s'ajoute que même en se limitant à examiner les intérêts des créanciers, la situation n'en serait pas plus claire. Le droit des poursuites prévoit en premier lieu des classes différentes en fonction de la nature de la créance et des éventuelles sûretés dont dispose le créancier. Il est évident que les divers créanciers auront régulièrement des intérêts divergents, voire carrément opposés. Les employés d'une entreprise en procédure concordataire seront en règle générale aussi créanciers de cette dernière. Or leur intérêt primaire sera de conserver leur emploi (et d'être rémunérés par le repreneur), ce qui ne sera pas possible en cas de faillite.

Même en se basant sur une éventuelle expertise (qui dépasserait clairement le cadre d'une procédure de recours), il serait en tout état de cause impossible de déterminer la différence concrète entre la valeur des actifs en cas de continuation de l'exploitation et la valeur de ceux-ci dans l'hypothèse d'une liquidation. A cela s'ajoute que le droit du concordat a précisément aussi pour but de sauver des entreprises ou des parties d'entreprises et pas uniquement de parvenir à une issue particulièrement favorable aux créanciers au détriment des salariés, lesquels sont d'ailleurs régulièrement également créanciers de la société en procédure concordataire, et ce en tant que créanciers privilégiés.

La décision prise par le juge du concordat dans le cadre de C._____ AG illustre d'ailleurs parfaitement cette problématique.

Il appert que selon les estimations réalistes du commissaire (p. 10 de la requête), une faillite immédiate aurait eu pour conséquence que des créances privilégiées de salaire d'un montant de plus de 7 millions de francs se seraient ajoutées aux créances déjà annoncées d'environ 25 millions. Au vu de la valeur relativement modeste des actifs disponibles, il tombe sous le sens que même les créances privilégiées n'auraient été que très partiellement couvertes, les créanciers de troisième classe subissant dès lors une perte totale. En cas de cessation des activités, les immeubles de C._____ AG devraient être considérés comme des non-valeurs (voire des passifs) au vu notamment des frais nécessaires pour démolir les installations, dépolluer les terrains et les viabiliser pour une hypothétique autre utilisation. La très théorique annulation de l'autorisation donnée par le juge du concordat de vendre certains actifs immobilisés conduirait très certainement à péjorer la situation patrimoniale de la recourante elle-même, et non uniquement des autres créanciers et tiers concernés. La société ayant repris les activités pourrait du reste se retourner judiciairement contre C._____ AG et réclamer des dommages-intérêts pour rupture de contrat, ce qui augmenterait encore les dettes de la faillie.

Sur la base d'un examen sommaire du dossier, la Cour peine à comprendre les buts poursuivis par la recourante compte tenu du fait que l'ouverture immédiate de la faillite sans reprise des activités de C._____ AG aurait de toute évidence fait subir une perte financière bien plus importante à A._____ Co. Ltd que la solution validée par le Juge de première instance. Au vu de ce qui suit, il est toutefois inutile d'approfondir cette problématique.

12. Ces réflexions conduisent la Cour à considérer que la décision de vendre les actifs mobiliers immobilisés (comme en l'espèce) doit être prise au cas particulier sur la base de motifs d'opportunité économique qui varient de cas en cas et qui ne sont analysés que sommairement (application de la procédure sommaire, art. 251 let. a CPC). Or, le recours ne permet précisément pas de revoir l'opportunité de la décision attaquée (art. 320 CPC *a contrario*).
13. A cela s'ajoute que la loi ne prévoit pas la participation des créanciers aux actes passés selon l'art. 298 al. 2 LP (pas de publication, pas de droit d'être entendu, en principe pas d'audience). La décision rendue selon l'art. 298 al. 2 LP n'est d'ailleurs pas notifiée aux créanciers ni à d'autres tiers. Il convient de relever dans ce contexte que les créanciers ne sont d'ailleurs touchés que de manière indirecte par une telle décision, puisque seul le « degré de satisfaction » peut être influencé par la décision du juge du concordat (voir à ce sujet FRANCO LORANDI, *Genehmigungsbedürftige Geschäfte während der Nachlassstundung*, 2004, p. 92). Une telle participation ne saurait être créée par voie prétorienne.

14. La réalité économique vient encore renforcer ce constat. En effet, l'expérience montre que les décisions de reprise de sociétés endettées et en mauvaise situation économique doivent se prendre et être exécutées rapidement.

Lorsqu'un sursis concordataire est accordé, les dettes s'accumulent rapidement, les clients se tournent vers d'autres partenaires plus stables, les employés qualifiés quittent l'entreprise en perdition et les débiteurs deviennent réticents à acquitter les créances ouvertes. Ce genre de situation s'accommode très mal de voies de recours : la possibilité pour n'importe quel créancier de bloquer pendant des mois une éventuelle reprise d'activités étant suffisante pour décourager tout reprenneur éventuel. A cela s'ajoute que dans ce genre de situation, la décision rendue au sens de l'art. 298 al. 2 LP est en règle générale rapidement exécutée et qu'au moment du dépôt d'un recours, et *a fortiori* au moment de la décision sur recours si une voie de recours devait être reconnue, celle-ci aura très probablement d'ores et déjà été exécutée, comme en l'espèce, et ce de manière irrévocable (art. 285 al. 3 LP ; sur les conséquences d'un transfert en l'absence d'une autorisation idoine du juge compétent, cf. HUBERT GMÜNDER, *op. cit.*, n^{os} 639 ss ; étant précisé qu'un recours n'a pas d'effet suspensif *ex lege*, art. 325 al. 2 CPC). Même si on devait admettre une légitimité à recourir et l'existence d'une voie de droit, l'existence d'un intérêt actuel et digne de protection devrait être clairement nié en l'espèce.

15. Au vu de tout ce qui précède, la 2^e Chambre civile ne saurait suivre le raisonnement de la recourante s'agissant à la fois de sa qualité pour recourir et de la possibilité de porter la décision du juge du concordat au sens de l'art. 298 al. 2 LP devant une instance de recours. Il appert qu'aucune voie de droit n'est ouverte contre ce genre « d'autorisation ». Vu les conséquences importantes que déploie pour les créanciers la décision du commissaire du sursis tendant à la vente d'actifs, en particulier l'exclusion de l'action paulienne, le législateur a prévu un garde-fou en exigeant l'approbation du juge. De toute évidence, le législateur a considéré que cette mesure de protection était suffisante et n'a pas souhaité ouvrir des voies de droit sur cette question.
16. Le recours doit dès lors être déclaré irrecevable. Partant, les conclusions « préalables » de la recourante visant à obtenir un accès au dossier de première instance et à pouvoir compléter son recours sont sans objet. S'il n'existe ni droit à recevoir une décision ni à attaquer cette dernière, il ne saurait être question d'autoriser un accès au dossier du commissaire au sursis et à celui du juge du concordat. On rappellera dans ce contexte qu'aucune disposition légale ne permettrait d'ailleurs à une recourante de « compléter » son recours postérieurement à l'échéance du délai légal, ce dernier n'étant pas susceptible d'être prolongé mais uniquement d'être restitué si les conditions sont remplies, ce qui n'est de toute évidence pas le cas en l'espèce.
17. Le recours étant manifestement irrecevable, il était justifié de renoncer, en application de l'art. 322 al. 1 CPC, à requérir une prise de position de la faillie et du juge du concordat.

IV. Frais et dépens

18. L'art. 105 CPC prévoit la fixation et la répartition d'office des frais judiciaires. Les dépens ne sont en principe alloués que si l'ayant droit les a expressément réclamés (DENIS TAPPY, in Code de procédure civile commenté, 2011, n° 7 ad art. 105 CPC). L'art. 106 al. 1 CPC prévoit que les frais sont mis à charge de la partie succombante.
19. Selon l'art. 46 du Décret concernant les frais de procédure et les émoluments administratifs des autorités judiciaires et du Ministère public (Décret sur les frais de procédure, DFP : RSB 161.12), l'émolument en procédure de recours est fixé entre CHF 300.00 et CHF 7'500.00. Conformément à l'art. 5 DFP, lorsque le décret prévoit un barème-cadre, les frais de procédure et les émoluments administratifs sont fixés compte tenu du temps et du travail requis, de l'importance de l'affaire et de la capacité économique de la personne assujettie.

Par comparaison, s'agissant d'un litige patrimonial, les émoluments minimaux en matière d'appel lorsque la valeur litigieuse est comme en l'espèce de plus de 2 millions de francs représentent 0,5 % de cette valeur. Sans même parler de la problématique du contrat de bail dont l'annulation a été requise par la recourante, la valeur litigieuse est ainsi de l'ordre de CHF 17 millions, à savoir la créance de la recourante contre C._____ AG. L'émolument minimal serait ainsi - dans le cadre d'un appel - de l'ordre de CHF 85'000.00. Ce tarif ne s'applique pas pour une procédure de recours en tant quel telle, mais donne toutefois une référence dans l'optique du critère de « l'importance de l'affaire » mentionné à l'art. 5 DFP puisque la valeur litigieuse est une composante très importante de ce critère. L'art. 7 DFP précise que l'émolument minimal peut être réduit en cas de décision d'irrecevabilité. S'agissant de la capacité économique de la recourante, il est précisé que cette dernière est une importante banque d'affaires disposant d'un capital de plusieurs centaines de millions de dollars de Hong Kong. Quant au travail requis dans le cadre de la présente procédure, il n'est pas négligeable compte tenu de la longueur du mémoire de recours, de l'ampleur du dossier et des questions juridiques soulevées.

La recourante a d'ailleurs soumis deux demandes de prolongation de délai pour verser l'avance de frais, l'une d'entre-elle ayant été rejetée dans une ordonnance brièvement motivée.

20. Dans ces conditions, les frais de la présente procédure sont fixés CHF 4'000.00 et mis à la charge de la recourante qui succombe entièrement. Ils sont prélevés sur l'avance de frais d'un montant équivalent versée par A._____ Co. Ltd.

Vu l'issue de la cause, la recourante n'a pas droit à des dépens. C._____ AG (depuis lors en faillite) n'ayant pas été invitée à prendre position dans la présente procédure, il ne lui est pas alloué de dépens.

La 2^e Chambre civile décide :

1. Il n'est pas entré en matière sur le recours de A._____ Co. Ltd. du 23 août 2019 à l'encontre de la décision du 5 août 2019 du Tribunal régional Jura bernois-Seeland, Agence du Jura bernois.
2. Partant, il est constaté que les conclusions n^{os} 1 et 2 du recours sont sans objet.
3. Les frais de la procédure de la présente procédure, fixés à CHF 4'000.00, sont mis à la charge de A._____ Co. Ltd.
4. Il n'est pas alloué de dépens et d'indemnité.
5. A notifier :
 - à A._____ Co. Ltd., par M^e B._____
 - à C._____ AG
6. A communiquer
 - à l'Office des faillites du Jura bernois
 - au Tribunal régional Jura bernois-Seeland, Agence du Jura bernois

Berne, le 7 novembre 2019

Au nom de la 2^e Chambre civile

Le Juge instructeur :

Geiser, Juge d'appel

La Greffière :

Saïd

Voies de recours :

Dans les 30 jours dès sa notification écrite, la présente décision peut faire l'objet d'un recours en matière civile au Tribunal fédéral au sens des art. 39 ss, 72 ss et 90 ss de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF ; RS 173.110). Les motifs du recours sont mentionnés aux art. 95 ss LTF.

Le recours en matière civile, motivé par écrit et signé, doit respecter les conditions de forme prescrites à l'art. 42 LTF et être adressé au Tribunal fédéral (Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14).

La qualité pour recourir en matière civile est régie par l'art. 76 LTF.