



## Les pouvoirs de l'administration étrangère en cas de renonciation à la faillite ancillaire (art. 174a al. 4 LDIP)

ELODIE KLEIDER\*



DANIEL STAEHELIN\*\*

Lorsqu'il est renoncé à la faillite ancillaire, suite à la reconnaissance de la décision de faillite étrangère, l'administration étrangère peut, selon l'art. 174a LDIP, exercer l'ensemble des pouvoirs que lui confère le droit de l'État où la faillite est ouverte, dans les limites du droit suisse. L'accomplissement d'actes de souveraineté lui est toutefois interdit (art. 174a al. 4 LDIP). Les auteurs du présent article en déduisent que la *lex fori* étrangère ne sert qu'à déterminer les pouvoirs que l'administration étrangère peut exercer en Suisse, et ce, dans les limites du droit suisse et à l'exclusion d'actes de souveraineté. Cela signifie qu'elle ne peut agir en Suisse que selon les règles du droit privé. L'article 170 al. 1 LDIP, qui soumet le patrimoine du débiteur situé en Suisse au droit suisse des faillites, demeure applicable, mais de manière plus restreinte.

Wenn auf ein Hilfskonkursverfahren verzichtet wird, darf die ausländische Konkursverwaltung nach Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets gemäss Art. 174a IPRG unter Beachtung des schweizerischen Rechts sämtliche Befugnisse ausüben, die ihr nach dem Recht des Staates der Konkurseröffnung zustehen. Die Vornahme hoheitlicher Handlungen ist ihr jedoch untersagt (Art. 174a Abs. 4 IPRG). Die Autoren dieses Artikels schliessen daraus, dass die ausländische *lex fori* nur dazu dient, die Befugnisse zu bestimmen, welche die ausländische Konkursverwaltung in der Schweiz im Rahmen des schweizerischen Rechts und unter Ausschluss hoheitlicher Handlungen ausüben darf. Dies bedeutet, dass sie in der Schweiz nur privatrechtlich handeln kann. Artikel 170 Abs. 1 IPRG, der das Vermögen des in der Schweiz ansässigen Schuldners dem schweizerischen Konkursrecht unterwirft, bleibt anwendbar, jedoch in eingeschränkter Form.

### Plan

- I. Introduction
- II. Les questions soumises à la LP
- III. Le pouvoir de disposition de droit privé de l'administration étrangère
  - A. En général
  - B. Les questions de droit international privé
  - C. La vente des biens du failli régie par le droit suisse
  - D. Les relations avec les tiers
- IV. La sanction de l'administration étrangère
  - A. La sanction de l'administration étrangère en cas de non-respect des conditions et charges imposées selon l'art. 174a al. 3 LDIP
  - B. La sanction de l'administration étrangère qui viole les conditions de la renonciation à la faillite ancillaire
  - C. La sanction de l'administration étrangère qui cause un dommage sur le territoire suisse

### I. Introduction

Depuis l'entrée en vigueur de la révision du chapitre 11 de la loi sur le droit international privé (LDIP ; RS 291) au 1<sup>er</sup> janvier 2019, le tribunal peut renoncer à la faillite ancillaire dans les conditions prévues à l'art. 174a al. 1 et 2. Selon l'al. 4, l'administration étrangère peut exercer en Suisse l'ensemble des pouvoirs que lui confère le droit de l'État où la faillite est ouverte, dans les limites du

droit suisse. Elle peut ainsi agir sur le territoire suisse sans encourir les sanctions de l'art. 271 al. 1 CP<sup>1</sup>. Sont toutefois expressément exclus : l'accomplissement d'actes de souveraineté, l'emploi de moyens de contrainte et le règlement de litiges. Permettre à l'administration étrangère d'agir dans les limites du droit suisse et sans pouvoir accomplir d'actes de puissance publique revient à lui permettre d'agir en tant que personne privée selon les règles du droit privé. Il appartient à la *lex fori* étrangère de donner le fondement des pouvoirs dont l'administration étrangère dispose. Une procédure de faillite a été ouverte à l'étranger et, en vertu du droit étranger, les biens du débiteur font désormais l'objet d'une exécution forcée et collective, diligentée par un tribunal ou une autorité. La *lex fori* étrangère régit donc les relations entre le failli et l'administration étrangère désignée, et permet de déterminer le titulaire du pouvoir de disposition ainsi que les éventuelles limites à ce pouvoir. En revanche, la mise en œuvre des pouvoirs de l'administration étrangère en Suisse, c'est-à-dire son action sur les biens situés en Suisse, est régie par le droit suisse<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Message concernant une modification de la loi sur le droit international privé (chap. 11 : faillite et concordat) du 24 mai 2017, FF 2017, 3879.

<sup>2</sup> *Contra*, considérant que le droit de l'insolvabilité de la *lex fori concursus* (aspects formels et matériels) doit être consulté pour déterminer les pouvoirs de l'administration étrangère, et que le droit suisse y apporte des restrictions : BSK IPRG-BÜRGI, Art. 174a N 22, in : Pascal Grolimund/Leander D. Loacker/Anton K. Schny-

\* Dr. ELODIE KLEIDER, docteur en droit des universités de Bâle et de Strasbourg, juriste d'entreprise.

\*\* Prof. Dr. DANIEL STAEHELIN, avocat et notaire à Bâle, professeur titulaire à l'université de Bâle.

L'administration étrangère peut exercer en Suisse l'ensemble des pouvoirs que le débiteur détenait sur ses biens avant l'ouverture de la faillite. Cette règle était énoncée à l'art. 174a al. 2, tel que présenté dans l'avant-projet<sup>3</sup>. Si la formule a disparu du projet et de la mouture définitive, rien ne justifie de s'en écarter pour interpréter l'art. 174a al. 4 LDIP. En bénéficiant des droits du débiteur, l'administration étrangère jouit du pouvoir de disposer de droit privé comme tout particulier<sup>4</sup>. Par conséquent, toute prérogative de puissance publique est exclue : l'administration étrangère ne peut ni accomplir d'actes de souveraineté, ni employer de moyens de contrainte, ni régler de litiges en Suisse (art. 174a al. 4 LDIP). Les actes relevant de la puissance publique sont déterminés selon le droit suisse<sup>5</sup>. Les arrêts du Tribunal fédéral interprétant l'art. 271 al. 1 CP ont été cités<sup>6</sup> : un acte effectué par une personne publique ou privée relève des pouvoirs publics si, par sa nature et son objet, il revêt un caractère officiel<sup>7</sup>. L'objectif de la révision n'était pas de bouleverser le système en place. L'art. 170 al. 1 LDIP demeure applicable, mais de manière plus restreinte. L'idée était de simplifier la procédure en cas de renonciation à la faillite ancillaire,

en donnant un moyen plus simple de disposer, selon le droit privé.

## II. Les questions soumises à la LP

La renonciation à la faillite ancillaire n'a pas pour conséquence d'écarter totalement le droit suisse des faillites. La mise en œuvre de l'art. 174a LDIP ne prive pas l'art. 170 al. 1 LDIP d'effets. Cet article demeure fondamental mais ses effets sont plus limités. La reconnaissance de la décision de faillite étrangère selon l'art. 166 al. 1 LDIP produit toujours les effets du droit suisse des faillites, sur le patrimoine du débiteur situé en Suisse, concernant les droits du débiteur. Par conséquent, le débiteur perd la capacité de disposer d'après l'art. 204 LP, les saisies et séquestres s'éteignent (art. 199 LP, par analogie) et, conformément à l'art. 206 al. 1 LP, les poursuites dirigées contre le failli s'éteignent, aucune nouvelle poursuite ne peut être engagée pour les créances nées avant l'ouverture de la faillite<sup>8</sup>. La renonciation à la faillite ancillaire ne modifie pas ceci : le débiteur ne recouvre pas la capacité de disposer, les créanciers ne peuvent pas engager de nouvelles poursuites pour les créances antérieures, et ne peuvent pas demander de séquestre pour empêcher l'administration étrangère de disposer des biens du débiteur.

L'art. 170 al. 1 LDIP permet en outre d'identifier le patrimoine du débiteur sur lequel la reconnaissance de la décision de faillite étrangère produit ces effets. Il joue donc un rôle important concernant les actions révocatoires, qui peuvent être intentées selon l'art. 171 LDIP.

Si l'acte attaqué a diverti un bien localisé en Suisse au jour de l'acte, la prétention est située en Suisse, soumise au droit suisse et, en cas de faillite ancillaire, le produit de l'action intègre la masse active de cette dernière<sup>9</sup>. L'action révocatoire peut alors être intentée en Suisse selon l'art. 289 LP dans le cadre de la faillite ancillaire, au domicile du défendeur ou, si celui-ci n'a pas de domicile en Suisse, au for de la faillite ancillaire. La légitimation active appartient d'abord à l'office des faillites suisse qui administre la faillite ancillaire puis, en cas de cession

der (Hrsg.), *Basler Kommentar Internationales Privatrecht*, 4. A., Basel 2020 ; ALEXANDER R. MARKUS, *Ohne Hilfskonkurs – ein Paradigmenwechsel im internationalen Insolvenzrecht der Schweiz*, in : Alexander Markus/Stephanie Hrubesch-Millauer/Rodrigo Rodriguez (Hrsg.), *Zivilprozess und Vollstreckung national und international – Schnittstellen und Vergleiche*, Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz, Bern 2018, 234.

<sup>3</sup> JANICK HÜPPI, *Konkursanfechtungen im schweizerischen Hilfskonkurs – Unter besonderer Berücksichtigung des Vorentwurfs zur Revision des 11. Kapitels des IPRG*, Diss. Zürich 2018, 135, 221–222.

<sup>4</sup> En ce sens déjà, concernant l'art. 37g de la loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (LB ; RS 952.0) applicable aux faillites bancaires : TAF, B-6065/2015, 6.5.2016, c. 3.1 ; BSK BankG-STAEHELIN, in : Rolf Watter/Nedim P. Vogt/Thomas Bauer/Christoph Winzeler (Hrsg.), *Basler Kommentar, Bankengesetz*, 2. A., Basel 2013, (cité BSK BankG-auteur), Art. 37g N 8k-8l ; OLIVIER HARI, *La faillite bancaire sous l'angle du droit réglementaire et international privé suisse*, in : Florence Guillaume/Ilaria Pretelli (éd.), *Les nouveautés en matière de faillite transfrontalière et Les banques et les assurances face aux tiers*, Genève/Zürich 2016, 75–76 ; RENATE SCHWOB/THOMAS S. MÜLLER, in : Dieter Zobl/Christoph Winzeler/Christine Kaufmann/Rolf H. Weber/Stefan Kramer (éd.), *Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen*, Zürich 2014, Art. 37g N 21 ; PETER STRICKLER, *Die Anerkennung ausländischer Insolvenzverfahren in der Schweiz, im Vergleich mit Deutschland, Österreich und der Europäischen Union*, Diss. Zürich 2017, 158–159.

<sup>5</sup> Message (n. 1), 3879.

<sup>6</sup> JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, in : Jolanta Kren Kostkiewicz (Hrsg.), *Orell Füssli Kommentar, IPRG/LugÜ Kommentar, Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht, Lugano-Übereinkommen und weitere Erlasse*, 2. A., Zürich 2019, Art. 174a N 9.

<sup>7</sup> ATF 114 IV 128 c. 2b.

<sup>8</sup> DANIEL STAEHELIN, *Die Revision des schweizerischen internationalen Insolvenzrechts und das UNCITRAL Model Law*, in : Pascal Grolimund/Alfred Koller/Leander D. Loacker/Wolfgang Portmann (Hrsg.), *Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag*, Zürich 2018, 357 ss, 366. En ce sens déjà, concernant l'art. 37g LB applicable aux faillites bancaires : BSK BankG-STAEHELIN (n. 4), Art. 37g N 8l.

<sup>9</sup> DANIEL STAEHELIN, *Die Anerkennung ausländischer Konkurse und Nachlassverträge in der Schweiz* (Art. 166 ff. IPRG), Diss. Basel 1989, 151 ; ATF 137 III 631 c. 2.4.

selon l'art. 260 LP, aux créanciers prenant part à la faillite ancillaire, et enfin à l'administration étrangère, de manière subsidiaire et uniquement après reconnaissance de l'état de collocation<sup>10</sup>.

Il en va de même en cas de renonciation à la faillite ancillaire. Le for compétent est déterminé selon l'art. 289 LP, et l'action demeure soumise au droit suisse<sup>11</sup>. Dans ce cas toutefois, l'administration étrangère n'est plus soumise à une légitimation active subsidiaire, et peut directement présenter la demande<sup>12</sup>.

Si l'action révocatoire vise un bien à présent localisé en Suisse mais qui se trouvait à l'étranger au jour de l'acte attaqué, la prétention est située à l'étranger, soumise au droit étranger et, en cas de faillite ancillaire, appartient à la masse étrangère. Faire valoir cette prétention en Suisse est possible, mais le fondement à invoquer demeure incertain. Les cas existent pourtant, et intéressent au plus haut point les juridictions européennes<sup>13</sup>. Le droit suisse des poursuites et des faillites est inapplicable, car l'action porte sur un bien situé à l'étranger<sup>14</sup>. L'action est soumise au droit étranger, c'est-à-dire à la *lex fori concursus* étrangère<sup>15</sup>. L'art. 289 LP ne permet pas de déterminer le for compétent en Suisse. Celui-ci relève de l'art. 2 LDIP, donnant compétence aux autorités suisses du domicile du défendeur. Lorsque l'action révocatoire porte sur un bien ayant fait l'objet d'un séquestre en Suisse, l'art. 4 LDIP peut être invoqué. La légitimation active appartient exclusivement et directement à l'administration étrangère.

Ce régime vaut pour toutes les actions révocatoires relatives à un bien situé à l'étranger au jour de l'acte attaqué, qu'une faillite ancillaire soit menée ou qu'il y soit renoncé dans les conditions de l'art. 174a LDIP.

La reconnaissance de la décision de faillite étrangère selon l'art. 166 al. 1 LDIP constitue la condition préalable à l'introduction en Suisse de toute action révocatoire prenant appui sur l'ouverture d'une faillite à l'étranger. Il s'agit en effet d'une dérogation au principe de territorialité, ne pouvant se justifier qu'après la reconnaissance de la décision de faillite étrangère<sup>16</sup>. La décision obtenue en Suisse pourra aisément être exécutée, mais le produit de l'action, parce qu'il constitue un bien situé en Suisse, devra intégrer la masse active de la faillite ancillaire<sup>17</sup>. S'il est renoncé à cette procédure, l'administration étrangère pourra directement en disposer, conformément à l'art. 174a al. 4 LDIP.

### III. Le pouvoir de disposition de droit privé de l'administration étrangère

#### A. En général

L'administration étrangère jouit du pouvoir de disposer de droit privé dont le débiteur a été dépossédé, sur l'ensemble de ses biens situés en Suisse. L'art. 174a al. 4 LDIP précise que l'administration étrangère peut transférer les biens à l'étranger. Si elle souhaite vendre les biens, meubles ou immeubles, l'opération présente un caractère international. Le bien est situé en Suisse, mais le propriétaire (le failli) a son domicile à l'étranger ou le centre de ses intérêts principaux, critère pris en compte si son domicile n'est pas situé en Suisse. Le vendeur (l'administration étrangère) agit en lieu et place du failli. Les règles conventionnelles ou nationales de droit international privé devront donc être consultées pour déterminer la loi applicable, ainsi que le for compétent en cas de litige.

#### B. Les questions de droit international privé

Concernant les ventes d'immeubles situés en Suisse, l'art. 119 al. 1 et al. 2 LDIP permet aux parties de choisir la loi applicable à l'acte et désigne, à défaut de choix de loi, celle du lieu de situation de l'immeuble. Toutefois, ceci ne concerne pas les droits réels immobiliers, exclusivement régis par le droit du lieu de situation de l'immeuble, selon l'art. 99 al. 1 LDIP. La forme de l'acte est quant à elle soumise au droit suisse (art. 119 al. 3 LDIP).

<sup>10</sup> STAEHELIN (n. 9), 148–149 et 152.

<sup>11</sup> Message (n. 1), 3879 ; STAEHELIN (n. 8), 368.

<sup>12</sup> STAEHELIN (n. 8), 368. En ce sens déjà, concernant l'art. 37g LB applicable aux faillites bancaires : BSK BankG-STAEHELIN (n. 4), Art. 37g N 81.

<sup>13</sup> V. notamment CJUE, C-328/12, ECLI :EU :C :2014 :6, *Ralph Schmid*, 16.1.2014. À ce sujet, v. ÉLODIE KLEIDER, De la faillite internationale à la procédure d'insolvabilité européen-suisse dans le cadre du règlement n° 2015/848 : les effets en Suisse, thèse Paris/Bâle 2019, 330–340.

<sup>14</sup> STAEHELIN (n. 9), 18.

<sup>15</sup> STAEHELIN (n. 9), 147 ; FLORIAN BOMMER, Die Zuständigkeit für Widerspruchs- und Anfechtungsklagen im internationalen Verhältnis, Diss. Zürich 2001, 204 ; CR LDIP-BRACONI, Art. 171 N 7, in : Andreas Bucher (éd.), Commentaire romand, Loi sur le droit international privé – Convention de Lugano, 1<sup>ère</sup> éd., Bâle 2011 (cité CR LDIP-auteur) ; CR LP-KAUFMANN-KOHLER/SCHÖLL, Art. 171 N 27, in : Louis Dallèves/Bénédict Foëx/Nicolas Jeandin (éd.), Commentaire romand, Poursuite et faillite, Bâle 2005 (cité CR LP-auteur) ; CHARLES JAUQUES, La reconnaissance et les effets en Suisse d'une faillite ouverte à l'étranger, Lugano 2006, 76.

<sup>16</sup> STAEHELIN (n. 9), 144 et 147.

<sup>17</sup> STAEHELIN (n. 9), 147–148 ; BOMMER (n. 15), 163. *Contra*, CR LDIP-BRACONI (n. 15), Art. 171 N 7.

D'après l'art. 118 al. 1 LDIP, les ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels sont régies par la Convention de la Haye du 15 juin 1955<sup>18</sup>. Cette convention permet aux parties de désigner la loi applicable à la vente (art. 2). À défaut de choix, la compétence se détermine selon l'art. 3, qui désigne en principe la loi du pays où le vendeur a sa résidence habituelle au moment où il reçoit la commande. Les ventes aux enchères sont quant à elles régies selon l'art. 3 al. 3 par la loi du pays dans lequel les enchères sont effectuées. Les ventes portant sur certains biens meubles sont exclues du champ matériel de la convention par l'art. 1 al. 2, telles que les ventes de titres, ventes de navires et de bateaux, ou ventes d'aéronefs enregistrés. L'art. 118 al. 2 LDIP exclut quant à lui les ventes conclues avec des consommateurs.

À défaut de disposition conventionnelle, la loi applicable est désignée par la LDIP. L'art. 116 LDIP permet aux parties de procéder à une élection de droit. À défaut de choix par les parties, l'art. 117 doit être consulté. Les ventes, de même que les ventes aux enchères volontaires, sont soumises au droit de l'État dans lequel l'aliénateur a sa résidence habituelle ou son établissement (art. 117 al. 2 et al. 3). La localisation se rapporte au débiteur failli, dont le pouvoir de disposition est à présent exercé par l'administration étrangère. Dès lors que le failli était un professionnel, l'administration étrangère agit comme tel. Si elle conclut un contrat portant sur une prestation de consommation courante destinée à un usage personnel ou familial, et qui n'est pas en rapport avec l'activité professionnelle ou commerciale de son cocontractant, elle conclut un contrat avec un consommateur selon l'art. 120 al. 1 LDIP. La vente sera alors régie par le droit de l'État de la résidence habituelle du consommateur, lorsqu'une des conditions énoncées à l'art. 120 al. 1 lit. a à c est remplie. Si la vente a eu lieu aux enchères, le consommateur occupe le rôle d'enchérisseur<sup>19</sup>.

La Convention de Lugano II du 30 octobre 2007<sup>20</sup> régit la compétence internationale lorsqu'un rattachement peut être établi avec le territoire d'un État partie. Sous réserve d'exception, cette convention est applicable lorsque le domicile du défendeur se situe sur le territoire d'un État partie. Les art. 59 et 60 guident la localisation du domicile,

respectivement des personnes physiques et des personnes morales.

Concernant son champ matériel, la CL est applicable aux litiges relevant de la matière civile et commerciale, notion autonome, sans que la nature de la juridiction importe. En cas de renonciation à la faillite ancillaire, l'administration étrangère exerce les droits d'un particulier. Le fait que l'administration étrangère soit une autorité publique ne posera pas de difficulté. Sous réserve d'exclusion expresse énoncée à l'art. 1 par. 1 et 1 par. 2, les litiges qui mettent une autorité publique en cause relèvent de la matière civile et commerciale, dès lors que celle-ci n'agissait pas dans le cadre de ses prérogatives de puissance publique. La définition a été forgée par la Cour de justice de l'Union européenne<sup>21</sup>, et reprise par le Tribunal fédéral pour les Conventions de Lugano I et II<sup>22</sup>. Les actions relatives aux « faillites, concordats et autres procédures analogues » sont exclues (art. 1 par. 2 lit. b CL). La notion est également autonome, et seules les procédures trouvant leur source dans le droit des poursuites et faillites, et qui en constituent la conséquence directe, sont concernées<sup>23</sup>. Dès lors qu'une procédure aurait pu être intentée en dehors de toute faillite, elle relèvera bien du champ matériel de la CL<sup>24</sup>.

Concernant les immeubles, l'art. 22 al. 1 CL n'est applicable qu'aux litiges en matière de droits réels immobiliers et de baux d'immeubles, notions autonomes. Les autres litiges sont soumis, comme les ventes portant sur des meubles, aux art. 2 CL, 5 al. 1 CL, 23 CL. Ainsi, le for peut avoir été choisi par les parties, dans les conditions de l'art. 23 CL. Dans ce cas, le tribunal ou les tribunaux d'un État lié par la Convention ainsi désigné(s) dispose(nt) d'une compétence exclusive. À défaut de prorogation de compétence, l'art. 2 CL désigne les juridictions de l'État lié par la Convention sur le territoire duquel le défendeur est domicilié. Les règles de compétences spéciales de l'art. 5 al. 1 CL, prévues pour la matière contractuelle, sont en outre applicables. En présence d'un contrat conclu

<sup>18</sup> Convention du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels ; RS 0.221.211.4.

<sup>19</sup> CR CO I-VULLIÉTY, Intro. Art. 229–236 N 24a, in : Luc Thévenoz/Franz Werro (éd.), Code des obligations I, 2<sup>e</sup> éd., Basel 2012 (cité CR CO I-auteur).

<sup>20</sup> Convention du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (CL ; RS 0.275.12).

<sup>21</sup> V. notamment CJCE, 29/76, ECLI :EU :C :1976 :137, *Eurocontrol*, 14.10.1976, pts 4–5 ; 814/79, ECLI :EU :C :1980 :291, *Riiffer*, 16.12.1980, pts 8–16 ; C-172/91, ECLI :EU :C :1993 :144, *Sonntag*, 21.4.1993, pts 20–29 ; C-292/05, ECLI :EU :C :2007 :102, *Lechouritou*, 15.2.2007, pts 31–46 ; C-645/11, ECLI :EU :C :2013 :228, *Land Berlin*, 11.4.2013, pts 33–38.

<sup>22</sup> ATF 124 III 382 c. 6a-g ; 141 III 28 c. 3.1.

<sup>23</sup> ATF 140 III 320 c. 6.3 ; 139 III 236 c. 5.2 ; 133 III 386 c. 4.3.1 ; 131 III 227 c. 3.2 ; 129 III 683 c. 3.2 ; 125 III 108 c. 3.d.

<sup>24</sup> ATF 140 III 320 c. 6.3 ; 139 III 236 c. 5.2 ; 131 III 227 c. 3.2 ; 129 III 683 c. 3.2 ; 125 III 108 c. 3.d.

par un consommateur – notion autonome<sup>25</sup> – les dispositions spéciales des art. 15 à 17 CL devront être consultées.

Si aucune règle conventionnelle n'est applicable, la compétence des juridictions suisses s'établit selon la LDIP. En matière de contrats, les règles sont énoncées aux art. 112 et 113 LDIP. L'élection de for est possible en matière patrimoniale selon l'art. 5 LDIP, sous réserve de règle impérative, par exemple en cas d'actions réelles immobilières, qui relèvent de la compétence exclusive des tribunaux du lieu de situation de l'immeuble en Suisse (art. 97 LDIP). En cas de contrat conclu avec un consommateur selon l'art. 120 al. 1 LDIP, le consommateur peut porter son action, au choix, devant le tribunal suisse de son domicile ou de sa résidence habituelle, ou du domicile du fournisseur, ou de la résidence habituelle de ce dernier à défaut de domicile (art. 114 al. 1 lit. a et b).

### C. La vente des biens du failli régie par le droit suisse

Le droit suisse offre à l'administration étrangère différentes possibilités pour vendre les biens. Si elle entend vendre à un acheteur identifié, elle doit procéder à une vente selon les art. 184 ss CO et non à une vente de gré à gré régie par les art. 130 et 256 LP<sup>26</sup>. Dès lors que l'administration étrangère exerce les droits d'un professionnel et conclut une vente portant sur des biens meubles à usage professionnel avec un cocontractant ayant son établissement dans un État différent, les dispositions de droit matériel uniforme de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises<sup>27</sup> seront applicables, dans les conditions énoncées à l'art. 1.

L'administration étrangère peut également faire usage d'une autre possibilité : vendre par le mécanisme des enchères. Comme tout particulier, elle doit alors respecter les règles du CO<sup>28</sup>. Les dispositions relatives à la vente forcée de la LP ne sont donc pas applicables ; il s'agit d'une vente aux enchères volontaire. La CVIM n'est pas

applicable aux ventes aux enchères (art. 2 lit. b). Il faut en outre tenir compte des restrictions portant sur certains biens. Ainsi, l'art. 69 de la loi fédérale sur le droit foncier rural du 4 octobre 1991 interdit la vente aux enchères volontaires des entreprises et immeubles agricoles.

Selon le CO, deux alternatives sont envisageables. Le choix de l'administration étrangère peut se porter sur une vente aux enchères publiques, régie par les dispositions du droit fédéral et éventuellement complétées par les règles de droit cantonal (art. 236 CO)<sup>29</sup>. Le bien est vendu par le vendeur (l'administration étrangère) par adjudication, et le prix dépend des enchères. Des dispositions particulières sont consacrées à l'adjudication des immeubles (art. 232 CO et art. 235 al. 1 CO). Les enchères pourront être annulées dans les conditions de l'art. 230 CO. Mais la vente aux enchères peut également être privée, dès lors qu'elle n'a pas été annoncée publiquement et/ou qu'un nombre restreint de participants y prend part. Cette vente, dont la définition découle d'une interprétation *a contrario* de l'art. 229 al. 2 CO, sera soumise au droit commun de la vente, et non aux art. 229 ss CO, notamment à l'exigence d'un acte authentique en matière immobilière<sup>30</sup>.

### D. Les relations avec les tiers

Les relations que les tiers entretiennent avec l'administration étrangère sont identiques à celles qu'ils entretenaient avec le débiteur. Les règles propres à chaque contrat que celui-ci avait conclu sont applicables. Concernant les biens déposés auprès des banques, si le débiteur avait conclu un contrat de dépôt, de mandat ou de bail, l'administration étrangère exerce les droits d'un déposant, d'un mandant ou d'un locataire. Lorsqu'un tiers détient des biens du failli ou est débiteur d'une créance envers lui, il ne peut donc pas rechigner à fournir les informations nécessaires ou à remettre les objets qu'il possède. Puisque l'administration étrangère exerce les droits du débiteur, les banques ne peuvent pas invoquer le secret bancaire envers elle, pour se soustraire à leur obligation de renseignement. Inversement, le fait de communiquer les informations à l'administration étrangère ne risque pas d'entraîner une condamnation pénale selon l'art. 47 LB.

Si le tiers refuse de s'exécuter, l'administration étrangère peut saisir les juridictions suisses pour obtenir une exécution forcée. Elle agit toutefois comme un particulier,

<sup>25</sup> Selon l'art. 15 al. 1 CL, le contrat conclu par un consommateur est un « contrat conclu par une personne, le consommateur, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle ».

<sup>26</sup> *Contra*, MARKUS (n. 2), 221 ss, 234–235 ; FRANCO LORANDI, Die Revision des internationalen Insolvenzrechts (Art. 166 ff. IPRG), in : Alexander Markus/Stephanie Hrubesch-Millauer/Rodrigo Rodriguez (Hrsg.), Zivilprozess und Vollstreckung national und international – Schnittstellen und Vergleiche, Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz, Bern 2018, 181 ss, 197.

<sup>27</sup> Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM ; RS 0.221.211.1).

<sup>28</sup> En ce sens déjà, concernant l'art. 37g LB applicable aux faillites bancaires : BSK BankG-STAEHELIN (n. 4), Art. 37g N 8l.

<sup>29</sup> BSK IPRG-BÜRGI (n. 2), Art. 174a N 23.

<sup>30</sup> BSK OR I-RUOSS/GOLA, Vor Art. 229–236 N 13–16, in : Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, 7. A., Basel 2020 ; CR CO I-VULLIÉTY (n. 19), Intro. art. 229–236 N 13–14.

selon les règles de droit suisse. Les menaces de poursuites pénales et l'exécution forcée de l'obligation de renseigner ou de remettre des objets constituent des actes de puissance publique, qui lui sont expressément interdits, et pour lesquels les autorités suisses doivent être sollicitées<sup>31</sup>. Elle peut utiliser les règles de la LP, engager une poursuite, pour obtenir l'exécution forcée d'une obligation pécuniaire. En revanche, toutes les mesures qui pourraient se rattacher à la procédure de faillite du débiteur sont exclues, puisqu'il a été renoncé à la procédure ancillaire. Il en va de même pour les sanctions pénales qui les accompagnent, notamment l'art. 324 al. 5 CP, qui permet de sanctionner le tiers qui ne respecte pas les règles de la procédure de poursuite pour dettes ou de faillite, ou de la procédure concordataire. Les conditions pour que cette disposition soit applicable ne sont pas réunies ; aucune des procédures précitées ne se déroule en Suisse concernant le failli. L'administration étrangère agit en effet comme un simple particulier, et non dans le cadre d'une telle procédure.

#### IV. La sanction de l'administration étrangère

##### A. La sanction de l'administration étrangère en cas de non-respect des conditions et charges imposées selon l'art. 174a al. 3 LDIP

L'art. 174a al. 3 LDIP permet au tribunal d'assortir la renonciation de conditions et de charges. À ce sujet, le Message fournit des exemples qui démontrent une palette très large de conditions et charges pouvant être imposées. Il appartient donc au juge d'adapter son degré de surveillance au cas par cas. Une surveillance accrue sera particulièrement nécessaire, lorsqu'il a été renoncé à la faillite ancillaire en présence de créanciers de troisième classe selon l'art. 219 al. 4 LP domiciliés en Suisse. D'une manière générale, l'administration étrangère peut se voir imposer l'obligation d'informer le tribunal des événements intervenus par la suite sur le territoire suisse (comptes rendus réguliers), dans le cadre de procédures étrangères en cours, et concernant les créanciers domiciliés en Suisse. De manière plus spécifique, les conditions et charges peuvent également être limitées à certains biens, le Message donnant l'exemple du transfert sur un compte bloqué

des recettes générées par une procédure civile ou d'insolvabilité ou la présentation d'un décompte<sup>32</sup>.

Le tribunal demeure compétent, après la décision de renonciation, pour le suivi des conditions et charges. Les mesures ordonnées, telle que l'obligation de fournir un compte rendu ou un décompte devront lui être présentées. Le juge ne dispose toutefois pas des moyens nécessaires, pour qu'un devoir de surveillance puisse lui être imposé. Il ne peut donc agir que sur requête, notamment des créanciers de troisième classe selon l'art. 219 al. 4 LP domiciliés en Suisse, de tiers, ou du débiteur failli. Si ce dernier était une société qui, en raison de la faillite, n'a plus la personnalité juridique, les anciens organes qui la représentaient peuvent présenter la demande. Ainsi saisi, le juge pourra intervenir en cas de non-respect des conditions et charges imposées. L'action pourra être empreinte d'une certaine urgence, si les biens du débiteur risquent d'être transférés à l'étranger sous peu. Une mesure superprovisionnelle pourra ainsi être ordonnée, selon l'art. 265 CPC. Afin d'assurer le respect des conditions et charges, le tribunal dispose de différents instruments. S'agissant d'une obligation de faire, une amende d'ordre peut être prévue, selon l'art. 343 al. 1 lit. b et c CPC. Si l'administration étrangère s'obstine à ignorer ou à violer les conditions et charges, elle refuse de se soumettre à une décision d'une autorité publique, et commet ainsi une infraction pénale qui pourra être sanctionnée selon l'art. 292 CP.

La reprise de la faillite ancillaire constitue également une sanction envisageable. Le rapport explicatif relatif à l'avant-projet de révision du chapitre 11 de la LDIP prévoyait cette possibilité, en cas de non-observation des conditions et charges prononcées par le juge suisse, dans le cadre de l'art. 174 al. 3 LDIP<sup>33</sup>. Bien que le Message ne le précise plus, le tribunal pourra toujours prononcer cette sanction.

##### B. La sanction de l'administration étrangère qui viole les conditions de la renonciation à la faillite ancillaire

Il ne peut être renoncé à la faillite ancillaire qu'à la condition qu'aucune créance au sens de l'art. 172 al. 1 LDIP n'ait été produite et, dès lors que des créanciers domiciliés en Suisse produisent d'autres créances, si la procédure étrangère prend dûment en compte leurs créances (art. 174a al. 2 LDIP). Dans ce cas, le tribunal pourra re-

<sup>31</sup> Message (n. 1), 3879.

<sup>32</sup> Message (n. 1), 3878.

<sup>33</sup> Rapport explicatif concernant une modification de la loi sur le droit international privé (faillite et concordat), 14 octobre 2015, 13.

noncer à la faillite ancillaire, et permettre à l'administration étrangère d'agir sur le territoire suisse, dans le respect de l'art. 174a al. 4 LDIP.

Si l'administration étrangère adopte un comportement d'une particulière gravité en violant les conditions de l'art. 174a al. 2 et al. 4 LDIP, la reprise de la faillite ancillaire pourra également être ordonnée. Tel devrait être le cas, lorsque l'administration étrangère outrepassa ses pouvoirs par la commission d'actes interdits, par exemple de souveraineté ou employant des moyens de contrainte, ou lorsqu'elle impose un traitement inéquitable aux créanciers de troisième classe selon l'art. 219 al. 4 LP domiciliés en Suisse.

Toute la difficulté sera de détecter ces cas. Le tribunal doit utiliser l'art. 174a al. 3 LDIP à bon escient, imposer des conditions et charges qui permettent un contrôle suffisamment étroit pour révéler ce type de situations. Il peut être utile d'entendre une seconde fois les créanciers concernés. D'une manière générale, plus les éléments pris en compte pour renoncer à la procédure de faillite ancillaire auront été minces, plus les charges et conditions devront être rigoureuses. Le juge peut renoncer à la faillite ancillaire en prenant appui sur d'autres éléments que l'état de collocation étranger définitif, s'ils permettent d'attester d'une égalité de traitement suffisante<sup>34</sup>. Dans ce cas toutefois, imposer le contrôle de l'état de collocation avant le départ effectif des biens du territoire suisse serait judicieux<sup>35</sup>.

### C. La sanction de l'administration étrangère qui cause un dommage sur le territoire suisse

L'administration étrangère est autorisée à agir sur le territoire suisse, en vertu de l'art. 174a al. 4 LDIP, au même titre qu'un particulier. Elle doit par conséquent être sanctionnée comme tel et engage sa responsabilité pour les dommages qu'elle cause sur le territoire suisse. Dès lors que l'administration étrangère est domiciliée à l'étranger, le litige comportera un élément d'extranéité.

La compétence des juridictions suisses et la loi applicable seront déterminées selon les règles du chapitre 9 de la LDIP, selon le type de responsabilité recherchée, contractuelle ou délictuelle. La qualification s'opère selon le droit suisse (*lege fori*). Les règles conventionnelles sont toutefois réservées. La CL régira la compétence interna-

tionale lorsqu'un rattachement peut être établi avec le territoire d'un État partie. L'action vise à engager la responsabilité de l'administration, pour des faits commis au même titre qu'un particulier. Que l'action vise une autorité publique importe donc peu, puisque celle-ci n'agissait pas dans le cadre de prérogatives de puissance publique<sup>36</sup>. De plus, les actions sont fondées sur le droit commun, et non sur le droit des faillites. Ainsi, l'art. 1 par. 2 lit. b CL ne pose pas de difficulté<sup>37</sup>. Les litiges relatifs à la responsabilité du défendeur relèvent de l'art. 2 CL, et doivent donc être portés devant les juridictions de l'État partie sur le territoire duquel le défendeur est domicilié. S'agissant de la matière contractuelle ou délictuelle/quasi-délictuelle – notions autonomes<sup>38</sup> – les fors spéciaux de l'art. 5 peuvent également être considérés.

Dès lors que le droit suisse régit l'action, la responsabilité de l'administration étrangère peut être recherchée, comme pour n'importe quel particulier : pour les dommages causés de manière illicite à autrui, intentionnellement, par négligence ou imprudence (art. 41 CO), en cas d'obligation inexécutée, ou exécutée de manière imparfaite (art. 97ss CO). La décision d'un tribunal suisse sera reconnue et exécutée dans l'ensemble des États parties à la CL, selon les dispositions du titre III de la CL. En dehors de ce cadre, l'effet du jugement rendu en Suisse dépendra du droit international privé de l'État requis.

<sup>36</sup> V.III.B.

<sup>37</sup> V.III.B.

<sup>38</sup> Un litige relève de la matière contractuelle si la responsabilité se fonde sur un engagement librement assumé par une partie envers une autre (ATF 134 III 218 c. 3.5 ; CJCE, C-26/91, ECLI:EU:C:1992:268, *Jakob Handte*, 17.6.1992, pt 15). Il relève de la matière délictuelle ou quasi délictuelle si l'action vise à engager la responsabilité du défendeur et ne se rattache pas à la matière contractuelle au sens de l'art. 5 par. 1 (ATF 125 III 346 c. 4a ; CJCE, 189/87, ECLI:EU:C:1988:459, *Kalfelis*, 27.9.1988, pt 18).

<sup>34</sup> Message (n. 1), 3878.

<sup>35</sup> RODRIGO RODRIGUEZ, Art. 174a N 9, in : Markus Müller-Chen/Corinne Widmer Lüchinger (Hrsg.), *Zürcher Kommentar, IPRG*, 3. A., Zürich 2018.