

Neue Literatur zum SchKG (2009/10)

Prof. Dr. NICOLAS JEANDIN, Avocat, Genève und Prof. Dr. DANIEL STAHELIN, Advokat und Notar, Basel

Einleitung

Die Vereinigung für Schuldbetreibungs- und Konkursrecht (SchKG-Vereinigung, association LP) hat an ihrer 13. Jahresversammlung vom 1. Dezember 2011 in Bern zum sechsten Mal den mit CHF 5'000.– dotierten Preis für die beste Publikation eines jüngeren Forschers im Bereiche des SchKG verliehen. Der Jury, bestehend aus PROF. DR. ISAAK MEIER (Zürich, Vorsitz) sowie den beiden Rezensenten, lagen unter anderem die nachfolgend in alphabetischer Reihenfolge zu besprechenden zehn Arbeiten aus den Jahren 2009 und 2010 (Erscheinungsjahr gemäss den bibliographischen Angaben) vor. Den Preis erhielten ex aequo EUGEN FRITSCHI, *Verfahrensfragen bei der Konkurseröffnung*, Diss. Zürich 2010, JÜRIG ROTH, *Sanierungsdarlehen: Nachrang, Gleichrang, Vorrang*, Diss. Basel 2009 und DOMINIC STAIBLE, *Die Online-Auktion als alternative Verwertungsmassnahme im schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht*, Diss. Basel 2010.

CLAUDE AEMISEGGER, *Qualifizierte Schuldurkunden und SchKG*, Thèse Lausanne, Genf/Zürich/Basel 2009

Qualifizierte Schuldurkunden enthalten entweder die einfache Präsentationsklausel (Recht, aber nicht Pflicht des Schuldners, die Präsentation zu verlangen), die einfache Legitimationsklausel (Recht, aber nicht Pflicht des Schuldners, den Vorweisenden als Berechtigten zu anerkennen), die einfache Wertpapierklausel (Pflicht des Schuldners, nur demjenigen zu leisten, der die Urkunde vorlegt), die Inhaber Klausel (Pflicht des Schuldners, dem Inhaber zu leisten), die Ordre Klausel (Pflicht des Schuldners, nur derjenigen Person zu leisten, deren Name sich aus dem Urkundentext oder aus Indossamenten hervorgeht) oder Kombinationen verschiedener Klauseln (S. 5 ff.). Nach der Definition und einem Rückblick in die Geschichte (S. 11) gibt AEMISEGGER einen Überblick über die verschiedenen Erscheinungsformen dieser Papiere (S. 21 ff.).

Bezüglich des betriebsrechtlichen Einleitungsverfahrens unterscheidet der Autor zwischen qualifizierten Schuldurkunden mit direkten Geldforderungen (Lebensversicherungspolice, Namensparheft, Kassenobligation, Anleihenobligation, Wandelobligation, Pfandbrief, Schuldbrief, Wechsel und Check, S. 69 ff.) und den Schuldurkunden mit indirekten Geldfor-

derungen (Fondsanteilschein, Anteilschein an einer Genossenschaft, Urkunde über einen GmbH-Anteil, Inhaberaktie, Genussschein, Partizipationsschein und Namenaktie, S. 111 ff.). Nur erstere enthalten ohne weiteres einen Titel für die provisorische Rechtsöffnung.

Beim folgenden Kapitel über die Pfändung stellt sich die Frage, inwiefern qualifizierte Schuldurkunden pfändbar sind (S. 137 ff.). Entscheidend ist hierbei, ob die Urkunde jeweils verwertbar ist. Nicht massgebend sind vertragliche Übertragungsbeschränkungen. Fällige Geldforderungen sind vom Betreibungsamt einzuziehen, bei nicht fälligen und bestrittenen Forderungen sowie bei Nichtgeldforderungen ist die Urkunde zu verwerten. Weitgehend analog verhält es sich im Konkurs (S. 233 ff.). Bei der Betreibung auf Pfandverwertung untersucht AEMISEGGER vor allem, inwiefern diese Schuldurkunden praktisch überhaupt verpfändet werden können. Beim Arrest gelten weitgehend die Regeln für die Pfändung (S. 323 ff.) und beim Nachlassvertrag die Regeln für den Konkurs (S. 357 ff.). Das Werk schliesst mit einer Zusammenfassung (S. 383 ff.) und einem Sachregister.

Angesichts der Entmaterialisierung der Wertpapiere durch Wert-, Buch- und Registerrechte dürfte es sich hierbei um eine der letzten Arbeiten zum klassischen Wertpapierrecht handeln. D.St.

EUGEN FRITSCHI, *Verfahrensfragen bei der Konkurseröffnung*, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2010

Publiée en 2010, la thèse de EUGEN FRITSCHI a pour titre «*Verfahrensfragen bei der Konkurseröffnung*». Cette thèse est, comme l'indique son intitulé, consacrée à l'analyse de diverses questions de procédure en lien avec l'ouverture de la faillite. L'auteur s'attèle à analyser successivement les divers aspects juridiques auxquels se trouve confronté le juge en charge de statuer sur une requête de faillite. Dans son approche, l'auteur évoque sans compromission de nombreux aspects délicats, ne craint pas les écueils et propose toujours une solution. Il convient en outre de saluer le souci – étant rappelé que la thèse a été publiée en 2010 – d'anticiper l'entrée en vigueur du CPC ainsi que de diverses modifications de la LP prévues pour le 1^{er} janvier 2011.

L'auteur commence par analyser les conditions qui doivent préexister chez le débiteur pour qu'une procédure d'exécution dirigée à son encontre débouche

sur le prononcé d'une faillite, n'hésitant pas à traiter des dispositions particulières qui s'appliquent en cas de poursuite pour les dettes d'un trust ou encore de la faillite d'un trustee (art. 284a et 284b LP). L'auteur aborde dans un deuxième temps, en détails, la procédure ordinaire de faillite (qu'il distingue de la poursuite par voie de saisie, de la poursuite en réalisation du gage et de la poursuite pour effet de change): il mène ainsi le lecteur sur tout le chemin qui mène de la réquisition de poursuite à la clôture de la faillite, en passant par la commination de faillite, le jugement de faillite, le choix de la procédure applicable (230 à 232 LP), et l'inventaire (tant avant la faillite [art. 162 LP], qu'à la suite du prononcé de celle-ci [art. 221 ss LP]).

Dans un chapitre suivant, l'auteur décrit les spécificités du mécanisme de la mise en faillite sans poursuite préalable (art. 190 à 192 LP), avant d'aborder une analyse complète et détaillée des questions procédurales soulevées par la phase du prononcé de la faillite, y compris la problématique des coûts, de l'avance des frais, de la responsabilité du requérant à raison des frais générés par la procédure de faillite jusqu'à une éventuelle suspension (art. 169 LP), tout comme la problématique de l'assistance judiciaire.

Il s'agit d'une analyse très méthodique, fouillée, complète et bien structurée. L'appareil critique est excellent, même si la littérature francophone semble quelque peu délaissée. Cette analyse à la fois complète et détaillée constitue à n'en point douter un ouvrage fort utile pour le praticien appelé à œuvrer dans le cadre parfois sinieux d'une procédure de mise en faillite. N.J.

THOMAS GATTLEN, Die Verwertung zugunsten der Gläubiger im System des Unternehmenssanierungsrechts der Schweiz, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2010

Publiée en 2010, la thèse de THOMAS GATTLEN a pour titre «Die Verwertung zugunsten der Gläubiger im System des Unternehmenssanierungsrechts der Schweiz». Cette thèse est consacrée à la réalisation en faveur des créanciers dans le système actuel du droit de l'assainissement de l'entreprise en Suisse.

Après avoir rappelé quelques concepts de base en rapport avec la réalisation et avec l'assainissement, l'auteur s'attache à définir les limites auxquelles se heurtent de telles réalisations d'actifs survenues en dehors de l'ouverture d'une procédure de liquidation, telle la faillite. On pense tout naturellement à la révocabilité au sens des art. 285 ss LP, analyse dans le cadre de laquelle l'auteur se pose la question du rôle joué par la mise en œuvre de l'art. 423 CO (droit du maître de s'approprier les profits d'une gestion alors même qu'elle n'aurait pas été entreprise dans son intérêt) s'agissant de définir l'ampleur du devoir de restitution au sens de l'art. 291 LP. Toujours dans la recherche de ces limites, l'auteur retient que les organes d'une personne morale sont susceptibles d'engager leur responsabilité dans certains cas de réalisation d'actifs en application de l'art. 717 CO

relatif au devoir de diligence et de fidélité des membres du conseil d'administration de la SA. Enfin, ces limites sont également envisagées sous l'angle du droit pénal, et plus particulièrement des art. 163, 164, 165 et 167 CPS.

Après s'être situé dans une perspective extra procédurale, l'auteur poursuit l'analyse de sa thématique en se plaçant dans le cadre de procédures d'exécution n'ayant pas pour but une liquidation, ce qui l'amène à envisager l'ajournement de faillite (art. 725a CO) et le sursis concordataire (art. 293 ss LP), cas de figure auquel vient s'ajouter – le contexte est toutefois différent des précédents – la décision prise par la masse en faillite de poursuivre l'activité de l'entreprise (art. 237 al. 3 ch. 2 LP).

Abordant la perspective de la liquidation, l'auteur s'intéresse alors à la réalisation d'actifs pendant la procédure de faillite (hors l'optique de la continuation de l'activité d'une entreprise pendant la faillite, déjà abordée), ce qui l'amène à analyser l'art. 256 LP. Dans ce cadre, THOMAS GATTLEN aborde la problématique à la fois cruciale et intéressante de la réalisation de gré à gré survenant par l'entremise de personnes privées, ce que le Tribunal fédéral admet en particulier pour la réalisation d'œuvres d'art. L'auteur propose une vision élargie des conditions de mise en œuvre d'une telle possibilité.

Par souci d'être complet, cet ouvrage aborde la réalisation lorsqu'elle survient dans le cadre de la mise en œuvre d'un concordat ordinaire (voir 314 al. 2 LP) de même que celle d'actifs découverts ultérieurement à la clôture de la faillite (art. 269 LP). Tout cela non sans omettre le contexte particulier de la faillite bancaire.

Le sujet traité est intéressant, l'ouvrage est sérieux et structuré. On regrettera l'infime portion réservée à la doctrine romande, tout comme la perspective exclusivement descriptive dans laquelle est traité un sujet qui n'en demeure pas moins alléchant. N.J.

MARIA GIANNATASIO, Le statut des bateaux, en particulier dans l'exécution forcée, et la procédure de limitation de la responsabilité moyennant constitution d'un fonds de limitation, Thèse Lausanne, Genève/Zurich/Bâle 2009

Nach einer Definition des Rechtsbegriffes Schiff (S. 11) erläutert GIANNATASIO die Registrierung von Schiffen. Je nach Grösse, Verwendungszweck und Fahrgebiet sind sie entweder gemäss dem Bundesgesetz über das Schiffsregister (SR 747.11) in das eidgenössische Schiffsregister oder gemäss Art. 15 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Binnenschiffahrt (BSG, 747.201) in ein kantonales Register einzutragen. In Art. 1 der Schiffsregisterverordnung (SR 747.111) werden diejenigen Grundbuchämter bestimmt, welche das eidgenössische Schiffsregister zu führen haben. Hochseeschiffe sind in schweizerischen Seeschiffregister in Basel zu registrieren (Art. 17 ff. Bundesgesetz über die Seeschiffahrt unter der Schweizer Flagge, Seeschiffahrtsgesetz, SR 747.30). Schweizerische Hochseeyachten sind in das schweizerische