

lung des internationalen Konkursrechts im IPRG (S. 1 ff.), der Masseschulden und Massgeforderungen (S. 35 ff.) sowie des Kollokationsverfahrens im internen Recht (S. 59 ff.) wendet sich der Autor dem Hauptthema seiner Arbeit, der Kollokation im Partikularkonkurs, zu (S. 89 ff.) Bei den pfandgesicherten Forderungen sind im Partikularverfahren nur diejenigen zu berücksichtigen, bei denen sich das Pfandobjekt in der Partikularmasse befindet (S. 90), nicht massgebend ist diesfalls der Wohnsitz des Gläubigers (S. 92). Die nicht privilegierten Gläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz werden im Kollokationsverfahren weder zugelassen, noch angehört. Sie kommen erst dann zum Zuge, wenn der ausländische Kollokationsplan nicht anerkannt werden kann (S. 98). Eine Überprüfung des ausländischen Kollokationsplanes zwecks Auslieferung eines allfälligen Überschusses hat auch dann zu erfolgen, wenn noch keine Drittklassgläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz bekannt sind (S. 107). Der ausländische Kollokationsplan muss rechtskräftig sein (S. 109).

Die Zuständigkeit des Konkursrichters für die Kollokationsklage ist zwingend (S. 124). Die Klage ist auch nicht schiedsfähig (S. 125). Die Kollokationsklage fällt nach Ansicht des Autors nicht in den Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens (S. 147). Auch in internationalen Verhältnissen ist die Klage nicht schiedsfähig (S. 150). Schwierigkeiten stellen sich, wenn im Ausland bereits ein Prozess hängig ist; es ist fraglich, ob ein derartiges Urteil anerkannt werden kann (S. 150 f.). Inzwischen hat das Bundesgericht entschieden, dass Art. 63 KOV, wonach über Konkursforderungen, welche Gegenstand eines Prozesses bilden, keine Kollokationsverfügung zu treffen und kein Kollokationsverfahren durchzuführen ist, nur für in der Schweiz hängige Prozesse Anwendung findet (BGE 130 III 769) und dass die Kollokationsklage in einem schweizerischen Insolvenzverfahren entweder gemäss Art. 1 Abs. 2 Ziff. 2 LugÜ nicht in den Anwendungsbereich des Abkommens fällt (womit sich die Zuständigkeit der Schweizer Gerichte aus Art. 250 Abs. 1 SchKG ergibt), oder die Schweizer Gerichte gemäss Art. 16 Ziff. 5 LugÜ (Ort der Zwangsvollstreckung) zuständig sind (BGE 133 III 386, 391). In BGer vom 30.9.2008, 5A\_20/2008 (zur Publikation vorgesehen) wurde diese Rechtsprechung bestätigt und konsequenterweise entschieden, dass eine Rechtshängigkeit im Ausland die Sistierung des Kollokationsprozesses nicht rechtfertigt.

Nicht zur Kollokationsklage legitimiert sind die nicht privilegierten Gläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz, obwohl sie Anspruch auf den Überschuss im Falle der Nichtanerkennung des ausländischen Kollokationsplanes haben (S. 152 ff.), sie können somit nicht die Kollokation der privilegierten Forderungen anfechten. Auch die ausländische Konkursverwaltung ist nicht zur Klage legitimiert (S. 157).

Besonders interessant sind die Ausführungen des Autors, wie Ansprüche des öffentlichen Rechts im Partikularverfahren zu behandeln sind, eines der grossen offenen Themen im Bereich des internationalen Konkursrechts. Den Vorschlag des Rezensenten (Die Anerkennung ausländischer Konkurse und Nachlassverträge in der Schweiz, Diss. Basel 1989, S. 160), auf Grund einer unechten rechtspolitischen Lücke auch die schweizerischen öffentlich-rechtlichen Forderungen im Partikularverfahren zu kollozieren, obwohl diese nicht privilegiert sind, da sie im ausländischen Hauptverfahren meist nicht berücksichtigt werden, lehnt BRACONI ab. Es sei Sache des Parlamentes hier Abhilfe zu schaffen (S. 174). Ausländische Forderungen des schweizerischen Rechts können – soweit sie nicht *jure gestionis* entstanden sind – in der Schweiz nicht eingeklagt und vollstreckt werden (vgl. AGNES DORMANN BESSENICH, Der ausländische Staat als Kläger, Diss. Basel 1993). Die Anerkennung eines ausländischen Konkurses ist zu verweigern, wenn Antragsstel-

ler ein ausländischer Gläubiger des öffentlichen Rechts ist (S. 179). Hingegen kann ein ausländischer Konkurs anerkannt werden, wenn er im Ausland, aufgrund des Antrags eines Gläubigers des öffentlichen Rechts eröffnet wurde, oder wenn die öffentlichrechtlichen Forderungen einen grossen Teil der Forderungen ausmachen (S. 178). Desgleichen kann ein Überschuss an die Masse ausgeliefert werden, auch wenn dort ausländische Gläubiger des öffentlichen Rechts ihre Forderungen angemeldet haben (S. 180). Selbst die Privilegierung der Forderungen des ausländischen öffentlichen Rechts im Hauptverfahren mit der Konsequenz, dass die Drittklassgläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz leer ausgehen, soll nach Ansicht von BRACONI die Auslieferung des Überschusses nicht verhindern (S. 180 f.).

Bei der Arbeit von ANDREA BRACONI handelt es sich um ein hervorragend dokumentiertes Werk. Die gesamte Literatur wurde umfassend zitiert, jeder Satz ist mittels einer Fussnote sorgfältig belegt. Dennoch ist die Darstellung knapp und präzise und sind die eigenen Stellungnahmen wohl begründet.

D. St.

VALÉRIE DEFAGO GAUDIN, *L'Immeuble dans la LP: indisponibilité et gérance légale*, Diss. Genf 2006

VALÉRIE DEFAGO GAUDIN part du constat que toute procédure d'exécution forcée aboutit à la mainmise par l'Office sur tout ou partie des actifs du débiteur, puis à la réalisation au profit du créancier poursuivant (saisie ou poursuite en réalisation du gage), ou de la masse en faillite. Parmi ces actifs, on trouve bien évidemment des immeubles au sens des articles 655 et suivants CC.

L'élément central de cette thèse consiste en l'analyse de cette mainmise officielle par l'Office (Amtliche Beschlagnahme) sur l'immeuble. Cette mainmise sur l'immeuble se manifeste de différentes manières: interdiction formelle faite aux débiteurs de disposer (par ex. art. 96 al. 1 LP), perte du pouvoir de disposer (art. 204 LP), conséquences pénales (art. 169 CP), conséquences civiles (problématique de la nullité de l'acte, ou de son inopposabilité aux créanciers), de même que conséquences de type «administratif» (mise en place de la gérance légale prévue par la LP et l'ORFI).

Ces différents aspects sont la conséquence du dessaisissement du débiteur provoqué par la mainmise officielle sur l'immeuble du débiteur telle que la prévoit le droit des poursuites et qui survient en relation avec une saisie, une poursuite en réalisation du gage, ou le prononcé d'une faillite.

Le premier aspect fondamental de cette mainmise officielle sur l'immeuble mène à la notion d'indisponibilité. Celle-ci s'opère sur deux axes:

- La perte par le débiteur du pouvoir de disposer de ses biens, ayant pour conséquence que les actes de disposition néanmoins accomplis par le débiteur sont dépourvus de validité (art. 96 al. 2 et 204 al. 1 LP).
- A supposer que de tels actes soient néanmoins accomplis par le débiteur, ils ne sont pas opposables à ses créanciers, ce qui ressort explicitement de la teneur de l'art. 96 al. 2 et 204 al. 1 LP, la première de ces dispositions réservant toutefois les droits des tiers de bonne foi.

Ces deux axes (non validité et inopposabilité de l'acte) s'articulent différemment au gré du mode de poursuite utilisé. Ainsi, l'inopposabilité se conçoit de façon absolue dans le cadre de la faillite (art. 204 al. 1 LP), alors que les droits des tiers de bonne foi sont réservés dans le cadre de la saisie (art. 96 al. 2 LP). A cet égard, VALÉRIE

DEFAGO GAUDIN propose une vision systématique cohérente de l'articulation de ces deux axes au gré du mode de poursuite utilisé, ce qui passe par une mise en perspective de l'indisponibilité avec les principes issus du droit matériel. Il est dès lors indispensable de rappeler le principe de la causalité applicable au transfert de la propriété, et de distinguer l'acte générateur d'obligations de l'acte de disposition sur la chose. Selon cet auteur, la mainmise officielle sur l'immeuble n'empêche pas nécessairement le débiteur de passer des actes générateurs faisant naître l'obligation de transférer, lesquels ne sont pénalement pas punissables. En revanche, l'indisponibilité remet en cause la validité de l'acte de disposition, opéré en pareille hypothèse par un aliénateur n'ayant pas le pouvoir de disposer. Aux yeux de l'auteur – qui prend ainsi le contre-pied de la doctrine majoritaire et de la jurisprudence du Tribunal Fédéral mais s'appuie sur la teneur du texte français des articles 96 al. 1 et 204 al. 2 LP – un tel acte de disposition ne sera pas simplement inopposable aux créanciers, mais nul (p. 48 ss).

Fondamentalement, la démarche de l'auteur tend à trouver une systématique qui permette de conceptualiser de façon uniforme et cohérente les conséquences de la mainmise officielle sur l'immeuble du débiteur indépendamment du type de la procédure d'exécution étant à l'origine de cette mainmise, l'idée étant qu'en tous les cas, l'indisponibilité de l'immeuble doit pouvoir s'opérer de façon à concrétiser le dessaisissement du débiteur (et la perte du pouvoir de disposer qui en résulte).

Lorsque la mainmise de l'Office s'opère sur un immeuble, la question se pose de son étendue en rapport avec les loyers. L'art. 806 CC instaure l'extension du gage aux loyers. Cela a pour conséquence que les loyers tombent également sous la mainmise officielle du droit de poursuite et qu'ils sont frappés d'indisponibilité, eux aussi. L'art. 806 al. 3 CC permet dès lors l'inopposabilité d'actes juridiques accomplis sur les loyers par le propriétaire de l'immeuble, s'agissant des loyers sur lesquels porte la mainmise officielle. Cela pose la question des effets d'une cession des loyers futurs intervenue avant une éventuelle saisie de l'immeuble: l'auteur retient – s'appuyant notamment sur la formule ORFI n° 5 rédigée à l'attention des locataires et prévoyant que «les arrangements qui ont pu être conclus au sujet de loyers (fermages) non encore échus sont sans valeur» – qu'une telle cession cesse de déployer ses effets après une saisie (p. 34 ss): en d'autres termes, elle n'est pas opposable aux créanciers saisissants, cette solution ayant l'avantage de correspondre à ce qui prévaut en cas de faillite (ATF 130 III 348; 115 III 65; 111 III 73).

Dès lors que l'indisponibilité frappe un immeuble, la loi se devait d'en tirer la conséquence par l'institution de la gérance légale, ce thème constituant le *deuxième aspect fondamental* abordé par la thèse de VALÉRIE DEFAGO GAUDIN. Il s'agit ici d'un apport essentiel de ce travail, le sujet ayant rarement été abordé de façon aussi complète et systématique.

La gérance légale concrétise l'intervention de l'Office sur l'immeuble faisant l'objet de la mainmise officielle prévue par le droit des poursuites, et ce jusqu'à la réalisation de l'actif. Or, l'immeuble se trouve au centre de nombreux liens juridiques faisant intervenir, outre le propriétaire lui-même, des titulaires de droits réels limités (parmi lesquels le créancier gagiste), ainsi que de nombreux partenaires contractuels (locataires, régie en charge de la gérance, prestataires de services, etc). Dans quelles mesures l'autorité de poursuite peut-elle, et doit-elle, intervenir dans ce tissu de relations juridiques, et quels sont les moyens dont elle dispose à cet égard?

La résolution de ces questions est délicate, puisqu'elle fait intervenir des intérêts parfois opposés. A l'optique du débiteur d'une préservation de l'immeuble dans une

perspective de long terme s'oppose celle du créancier consistant à obtenir rapidement une réalisation à un prix le plus élevé possible.

La gérance légale prend naissance dans des contextes de procédure différents (réalisation du gage, saisie, faillite, voire concordat), induisant chacun des difficultés spécifiques, tout particulièrement quant à la protection juridique des parties à la procédure. Il s'agit de distinguer les divers types d'actes de gérance légale, dont certains sont explicitement prévus par la loi: ainsi, par exemple, l'avis aux locataires et au créancier gagiste (art. 15 al. 1 lit. B ORFI), l'avis aux assureurs contre les dommages (art. 15 al. 1 lit. C ORFI), la gestion des baux en cours (art. 17 et 94 ORFI), le paiement de certains frais (art. 17 et 94 ORFI), l'exécution de travaux (art. 18 ORFI), voire encore la tenue de procès.

La mise en œuvre de ces mesures génère en elle-même des frais dont il s'agit d'assurer la couverture (art. 22 al. 1 ORFI et 94 al. 1 ORFI) – ce qui habilite l'autorité de poursuites à percevoir un émoulement (art. 27 al. 1 et 2 OELP) – et oblige le gérant légal à tenir une comptabilité adéquate (art. 30 et 21 ORFI, de même que 16 et suivants OAOF).

Enfin, les diverses mesures que l'autorité de poursuite est amenée à prendre dans le cadre de la gérance légale peuvent susciter des contestations qui relèvent, le cas échéant, de la procédure de plainte au sens des articles 17 ss LP. Il est vrai que certains actes de gérance légale font intervenir les composantes relevant à la fois du droit privé (perspective «horizontale» à l'instar de la conclusion d'un contrat avec un prestataire de services) et du droit administratif (perspective «verticale» par laquelle l'autorité de poursuites use de son pouvoir). La question de savoir si la décision de la gérance légale de conclure un contrat peut faire l'objet d'une plainte n'a pas été clairement résolue jusqu'ici: VALÉRIE DEFAGO GAUDIN, suivant la tendance dessinée récemment par le Tribunal Fédéral (ATF 129 III 400) admet qu'une telle mesure puisse être soumise au contrôle de l'autorité de plainte puisqu'elle est fondée sur le droit de poursuites est qu'elle déploie des effets externes: ce sera le cas de mesures entraînant des dépenses, à l'instar de la décision de commander les travaux, mais non de l'acceptation par le gérant légal de la résiliation de son bail par un locataire et la conclusion d'un nouveau contrat, mesure qui n'a pas d'effet sur le compte de gérance proprement dit (p. 168 ss).

La thèse de Valérie Defago Gaudin est remarquable. L'analyse proposée est cohérente et s'inscrit dans une optique pluridisciplinaire qui illustre bien la particularité du droit des poursuites d'intervenir au sein de relations juridiques complexes relevant à la fois du droit privé et du droit administratif. L'auteur adopte un style clair et dépouillé, tout en s'appuyant sur un appareil scientifique richement doté.

N. J.

PETER HERREN, *Die Misswirtschaft gemäss Art. 165 StGB, mit rechtsvergleichender Darstellung des deutschen und österreichischen Rechts*, Diss. Freiburg, Zürich Basel Genf 2006

Neben dem SchKG ist es vor allem das Strafrecht, welches sich mit der Folge von Insolvenzen befasst. Gemäss Art. 164 StGB wird der Schuldner, der zum Schaden der Gläubiger sein Vermögen vermindert, indem er Vermögenswerte beschädigt, zerstört, entwertet oder unbrauchbar macht, Vermögenswerte unentgeltlich oder gegen eine Leistung mit offensichtlich geringerem Wert veräussert, ohne sachlichen Grund anfallende Rechte ausschlägt oder auf Rechte unentgeltlich verzichtet, wenn