

einer umfassenden Analyse wann Forderungen entstehen);

- Schulden, die während der Stundung entstanden sind (Masseschulden, wenn mit Zustimmung des Sachwalters entstanden, Art. 306 Abs. 2 Ziff. 2 und 310 Abs. 2 SchKG, ansonsten Nachlassforderungen, Art. 310 Abs. 1 1. Satz in fine SchKG; S. 281 ff.);
- Schulden, die nach richterlicher Genehmigung eines ordentlichen Nachlassvertrages entstanden sind, wozu nach Auffassung des Autors auch Raten aus Dauerschuldverhältnissen für diesen Zeitraum gehören (keine Einschränkungen, S. 319 ff.);
- Schulden, die von der Masse nach Genehmigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung eingegangen oder übernommen worden sind (Masseschulden, «Dettes de la masse», S. 323 ff.) und schliesslich
- Schulden, die nach Genehmigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung entstanden sind, aber weder von der Masse eingegangen, noch übernommen worden sind (nach Auffassung des Autors keine Nachlassforderungen, sondern nur den Nachlassschuldner persönlich betreffende Forderungen, «Dettes dans la masse», S. 325 ff.; fünf Ausnahmen: 1. Mietzinsforderungen, soweit sie noch durch ein Retentionsrecht geschützt sind; 2. Forderungen des Mieters, wenn nach der Verwertung der Erwerber, der Immobilie den Mietvertrag vorzeitig auflöst; 3. Forderungen der Arbeitnehmer wegen vorzeitiger Auflösung des Arbeitsvertrages; 4. Forderungen der Arbeitnehmer für Rückgabe von Sicherheiten; 5. Forderungen aus einem Leibrentenvertrag). Der Autor anerkennt selbst, dass diese Lösung bei Forderungen aus Dauerschuldverhältnissen nicht befriedigend ist und begrüsst den neuen Art. 211a SchKG gemäss Botschaft vom 8. September 2010 (S. 380 ff.). Bei Dauerschuldverhältnissen werden im Falle eines Vertragseintrittes nur die nach richterlicher Genehmigung des Liquidationsvergleiches entstandenen Forderungen Masseschulden (S. 374).

Im 3. Teil behandelt ROBERT-TISSOT das Schicksal der Verträge im Nachlassvertrag. Es geht hierbei um die folgenden aus dem Konkursrecht her bekannten Sachverhalte:

- Keine automatische Auflösung der Verträge, ausser das Gesetz sehe dies ausdrücklich vor. Im Falle einer gesetzlichen Auflösungsklausel unterscheidet der Autor je nach Vertragstypus, ob diese bereits mit der Stundung oder erst bei Genehmigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung oder auch bei Genehmigung eines ordentlichen Nachlassvertrages ihre Wirkung entfaltet (S. 424 ff.).
- Der Vertragsrücktritt gemäss Art. 107/109 OR ist während der Stundung möglich, aber nach Genehmigung eines Liquidationsvergleiches nicht mehr zulässig (S. 417, 473 ff.).
- Zulässigkeit von Vertragsklauseln für den Insolvenzfall, soweit damit nicht dem Vertragspartner eine

Mehrleistung versprochen wird, auf die er ansonsten keinen Anspruch hat (S. 433 ff.).

- Einrede der Zahlungsunfähigkeit (Art. 83 OR, S. 449 ff.), wobei hier ein Rücktritt während der Stundung entgegen der herrschenden Lehre Anspruch auf Schadenersatz geben soll (S. 456).
- Mit Genehmigung eines Nachlassvertrages sollen die vor der Stundung entstandenen Realforderungen in Geldforderungen umgewandelt werden (Art. 211 Abs. 1 SchKG, S. 461 ff.) und zwar nach Auffassung des Autors auch im Falle eines Dividendenvergleiches (anders HARI im vorstehend rezensierten Werk und die h.L.). Vorbehalten bleiben besondere Bestimmungen im Arbeits- und Mietrecht (S. 464 ff.).

Es folgen Ausführungen zu den einzelnen Verträgen mit einer Darstellung, inwiefern die dargestellten allgemeinen Grundsätze durch Spezialnormen ersetzt werden (S. 477–843).

Das Werk schliesst mit einer Zusammenfassung (S. 845 ff.), Vorschlägen de lege ferenda, wobei insbesondere eine detaillierte Regelung vorgeschlagen wird, wann genau im Laufe eines Nachlassverfahrens ein Vertrag von Gesetzes wegen aufgelöst wird (S. 863 ff.), und einem ausführlichen Schlagwortregister.

Es handelt sich bei dieser (mit dem Prof. Walther Hug-Preis ausgezeichneten) Arbeit um ein äusserst gewissenhaftes Werk; es wurde die gesamte Judikatur und Literatur umfassend verarbeitet. Jurisprudenz ist sammeln und ordnen, dies ist ROBERT-TISSOT hervorragend gelungen. Die Systematik ist in sich stimmig, die Sprache klar und leicht verständlich.

Kritisieren mag man, dass der Autor de lege lata der Theorie folgt, wonach Forderungen aus Dauerschuldverhältnissen, die nach der Genehmigung eines Liquidationsvergleiches entstanden sind, keine Nachlassforderungen, sondern Forderungen gegen den Nachlassschuldner persönlich sind, obwohl dies vom Autor selbst als unbefriedigend bezeichnet wird und in der Praxis (z.B. bei der Liquidation der Swissair) auch so nicht immer gehandhabt wird.

Irritierend wirkt auf den ersten Blick der Umfang des Werkes von 907 Seiten (inkl. Schlagwortregister). Soweit jedoch das Konzept des Autors verfolgt wird, zuerst einen allgemeinen und dann einen besonderen Teil zu verfassen und hierbei alle Eventualitäten und die gesamte Judikatur und Doktrin zu verarbeiten, war eine kürzere Fassung nicht möglich. Die Arbeit enthält auch keine Redundanzen, sondern präzise Verweisungen. Man wird von ROBERT-TISSOT gewiss wieder hören. D. St.

JÜRGEN ROTH, Sanierungsdarlehen: Nachrang, Gleichrang, Vorrang, Diss. Basel, Basel 2009

Publiée en 2009, la thèse de JÜRGEN ROTH a pour titre «Sanierungsdarlehen: Nachrang, Gleichrang, Vorrang». Cette thèse est consacrée à un sujet d'actualité – le prêt d'assainissement – compte tenu notamment de la révision désormais aboutie du droit suisse de l'assainissement.

L'auteur commence par décrire les situations de crise au sein d'une entreprise, dont la résolution nécessite l'obtention de «*new money*» à défaut de quoi l'insolvabilité pourrait devenir définitivement consommée. Or, les diverses parties prenantes liées à l'entreprise ont la plupart du temps des intérêts convergents qui les mènent à préférer la perspective d'un assainissement plutôt que celle d'une liquidation (créancier, partenaire contractuel, membre du conseil d'administration, etc.). La difficulté de l'exercice réside dans l'idée que l'entité sollicitée en vue de l'octroi d'un prêt sera bien souvent très réticente à s'exécuter compte tenu des difficultés dans lesquelles se trouve l'emprunteur. En d'autres termes, quelles sont les perspectives de remboursement auxquels peut s'attendre le prêteur?

Dans certaines circonstances, la créance en remboursement du prêt d'assainissement sera postposée (*Nachrang*) de façon à placer certains créanciers devant leurs responsabilités et à ne pas porter préjudice aux expectatives de répartition des actifs en faveur de tiers créanciers si une faillite devait néanmoins être prononcée. Une autre optique consiste à s'assurer que le prêteur en vue d'un assainissement soit, en cas de liquidation ultérieure, au moins placé sur un pied d'égalité par rapport aux créanciers préexistants (*Gleichrang*). La troisième optique consiste à assurer aux mêmes prêteurs un privilège vis-à-vis des autres créanciers (*Vorrang*) lorsque cette solution seule permet d'obtenir un tel prêt.

Dans une partie subséquente, l'auteur se livre à une analyse détaillée des enjeux du prêt d'assainissement à la lumière de la réforme du droit de l'assainissement en vigueur en Allemagne depuis le 1^{er} novembre 2008, avant de se lancer dans une analyse de droit comparé avec d'autres pays (Autriche, Italie, Espagne, USA, Royaume-Uni et France notamment).

S'ensuit une analyse économique des enjeux sous deux approches différentes: l'ÖAR (*Ökonomische Analyse des Rechts*) et BLE (*Behavioral Law and Economics*). L'auteur compare ces deux perspectives avant de se lancer dans une analyse économique très technique et très poussée des enjeux juridiques du renouvellement de capital à la lumière des nombreux intérêts, parfois contradictoires, qui y sont liés, tout en abordant ces problématiques dans le processus d'un assainissement.

Sur la base de ces analyses très complètes ainsi que de son approche de droit comparé, l'auteur aborde le thème sous l'angle du droit suisse. Tout d'abord *de lege lata*: l'ouvrage propose une étude complète des perspectives juridiques du renouvellement de capital dans l'optique du *Nachrang*, non sans aborder la problématique délicate de prestations opérées à l'intérieur d'un groupe de sociétés en vue d'assainir telle ou telle entité du groupe. Toujours *de lege lata* en droit suisse, l'auteur se place ensuite dans la perspective opposée consistant à octroyer un privilège au pourvoyeur d'un prêt d'assainissement, tout en analysant les conséquences au gré des diverses issues procédurales auxquelles pourra mener la tentative d'assainissement (ajournement de faillite, faillite, procédure concordataire).

Fort de tous ces constants, l'auteur émet alors diverses propositions *de lege ferenda* à l'attention du législateur qui – à l'époque, puisque le processus législatif est désormais achevé – était en charge de la révision du droit suisse de l'assainissement. Pour l'essentiel, ces propositions consistent à se prémunir contre des tentatives d'assainissement paraissant d'emblée infructueuses, tout en formalisant certaines exigences incontournables si on songe à maximiser les chances d'une procédure d'assainissement fructueuse: prévoir une phase de sursis commençant suffisamment tôt pour s'assurer d'une certaine efficacité du processus, adapter le droit de la faillite à ces nouvelles données (en particulier quant aux effets de la faillite sur les contrats) et faciliter l'obtention de capitaux pendant les périodes de crise nécessitant un assainissement.

Tant le sujet traité par JÜRIG ROTH que la méthode utilisée rendent l'ouvrage fort intéressant. Le sérieux de la démarche est appuyé par un appareil critique très étendu comprenant également – ceci est à saluer – de références substantielles à la doctrine francophone. Même si l'on peut penser qu'une structure allégée aurait permis un ouvrage un peu moins volumineux, on est impressionné par la qualité de l'analyse à la fois approfondie, variée et multidisciplinaire. A ce titre, tant les nombreuses références à des concepts de mathématique financière que l'approche sous l'angle du droit économique confèrent à cet excellent ouvrage un aspect novateur qui en rend la lecture très profitable.

N.J.

DOMINIC STAIBLE, *Die Online-Auktion als alternative Verwertungsmassnahme im schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht*, Diss. Basel, Zürich/St. Gallen 2010

Publiée en 2010, la thèse de DOMINIC STAIBLE a pour titre «*Die Online-Auktion als alternative Verwertungsmassnahme im schweizerischer Schuldbetreibungs- und Konkursrecht*». L'ouvrage est consacrée à une institution appelée à prendre de l'importance, à savoir les ventes aux enchères *online*, dont l'auteur se demande si elles ne pourraient pas s'envisager comme une alternative dans le cadre des modalités d'exécution qui prévalent au sein de la LP.

L'auteur commence par proposer une analyse économique du processus des enchères puis aborde les modalités qui régissent les ventes aux enchères *online*. S'ensuit une approche juridique de la réalisation dans le contexte du droit suisse de l'exécution forcée, envisagée sous l'angle des enchères forcées, de la vente de gré à gré (art. 130 et 256 LP), de la session du droit d'agir (art. 260 LP), de la dation en paiement (art. 131 al. 1 LP) ainsi que de procédures spéciales de réalisation concernant les droits de propriété intellectuelle, l'usufruit ou encore les indivisions (art. 132 LP). L'auteur procède à une analyse de la nature juridique de l'acte d'adjudication, tout comme de la vente de gré à gré, puis parvient à la conclusion, sources jurisprudentielles et doctrinales à l'appui, qu'en