

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

soi la délégation du processus d'adjudication à des personnes privées est possible, selon certaines modalités.

Sur la base de ce constat, l'auteur aborde la question des enchères forcées par internet *de lege lata*. L'auteur se penche sur la nature juridique du contrat conclu entre l'organisateur de la vente *online* et le vendeur, qui ne saurait être qualifié de commission (art. 425 ss CO), et souligne que l'adjudication *online* opérée par l'autorité d'exécution ne saurait valoir transfert du droit d'adjuger proprement dit, acte d'exécution forcée qui demeure l'apanage de l'Office. En tout état de cause, de telles ventes aux enchères devraient s'assimiler à un contrat de vente au sens de l'art. 184 CO, étant souligné que les conditions générales imposées par le titulaire de la plateforme au sein de laquelle s'opère la vente *online* doivent être qualifiées de stipulation pour autrui (art. 112 al. 1 CO) vis-à-vis de l'aliénateur (qui pourrait être, en l'espèce, l'Office des poursuites). La transposition de ces principes dans le cadre d'une procédure de réalisation au sens de la LP n'est pas sans présenter quelques écueils. Il faut à tout le moins l'accord des créanciers, tandis qu'une telle opération implique inéluctablement l'obligation pour l'autorité d'exécution de se soumettre aux conditions générales du titulaire de la plateforme. Les éventuels manquements de ce dernier sont-ils susceptibles d'engager la responsabilité du canton au sens de l'art. 5 LP? L'auteur répond par la négative à cette question dans la mesure où le titulaire de ladite plateforme ne saurait être assimilé à un auxiliaire du préposé au sens de l'art. 5 al. 1 LP.

Dans une dernière partie, l'auteur se livre à une analyse *de lege ferenda* du processus d'adjudication *online*. Dans cette perspective, DOMINIC STAIBLE retient tout d'abord la nécessité par l'Office de passer par une plateforme préexistante (on aurait pu penser à une plateforme gérée par l'Office directement, mais l'institution pourrait ne pas être efficiente quant au processus de fixation du prix). L'auteur propose les modifications nécessaires des art. 125, 126 et 257 LP en vue d'offrir un support juridique adéquat à cette nouvelle institution, tout en suggérant l'adoption d'une ordonnance spécifiquement consacrée à la réalisation forcée de biens meubles par internet. Aucun écueil n'est évité, et la réglementation proposée a le mérite d'aborder le sujet sous ses nombreux aspects, y compris la mise en œuvre du principe de la couverture (art. 126 LP), certaines modalités du déroulement des enchères, la problématique des frais et émoluments, sans oublier les aspects tenant à des situations internationales.

Toujours dans la perspective *de lege ferenda*, l'auteur aborde la question délicate de la réalisation d'immeubles par le biais d'enchères *online*, laquelle soulève des obstacles supplémentaires importants, en particulier s'agissant de la portée de l'art. 58 al. 3 ORFI, sans compter la nécessité de concrétiser des processus incontournables tels que la double mise à prix (art. 142 LP) ou encore l'exercice de droits de préemption légaux (art. 60a ORFI). L'analyse de ces obstacles amène fina-

lement l'auteur à renoncer à la possibilité de ventes aux enchères *online* en rapport avec les immeubles.

Il s'agit d'une thèse remarquable qui s'appuie sur une structure à la fois rigoureuse et dynamique menant tout naturellement le lecteur aux conclusions telles que proposées. L'approche *de lege ferenda* est d'autant plus intéressante qu'elle est précise et traite la quasi-totalité des aspects liés à la vente aux enchères *online* qui, à tout le moins pour les meubles, pourrait avoir un certain avenir devant elle dans le cadre de procédures d'exécution forcée.

N.J.