

# **NE\_GERICHTE ASSLP.2016.10 vom 23. Dezember 2016**

NE Tribunal cantonal, 2016-12-23, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne\\_gerichte\\_ASSLP.2016.10](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_ASSLP.2016.10)

FR: NE\_GERICHTE ASSLP.2016.10 du 23 décembre 2016

IT: NE\_GERICHTE ASSLP.2016.10 del 23 dicembre 2016

## **Erwägungen**

### **E. 1**

SA a sollicité un sursis concordataire. Celui-ci lui a été accordé par le juge du Tribunal civil des Montagnes et du Val-de-Ruz, selon décision du 1<sup>er</sup> juillet 2015. Le juge a désigné X

### **E. 2**

S'agissant de la procédure applicable, le litige est soumis à l'article 20a LP, aux dispositions de la LILP et, à titre supplétif, à la loi sur la procédure et la juridiction administrative (art.19 LILP).

### **E. 3**

Le recours a été déposé dans le délai légal de 10 jours prévu par l'article 18 al. 1 LP et il n'est pas contesté qu'il s'en prend à une décision rendue par l'AiSLP dans un domaine où la voie de la plainte des articles 17 et suivants LP est ouverte, ce qui ouvre la voie du recours (cf. Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, n. 10 ad art. 18).

### **E. 4**

a) A qualité pour recourir contre une décision de l'AiSLP – comme a qualité pour porter plainte devant cette dernière – toute personne lésée ou exposée à l'être dans ses intérêts juridiquement protégés, touchée au moins dans ses intérêts de fait, ensuite d'une mesure ou d'une omission d'un organe de la poursuite; il faut un intérêt actuel à la modification de la décision entreprise (Gilliéron, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 5<sup>ème</sup> édition, no 257 p. 62). La qualité pour porter plainte et donc celle pour recourir appartiennent au premier chef au créancier et au débiteur, mais elle a par exemple aussi été reconnue au tiers propriétaire d'un gage constitué par le débiteur, au tiers détenteur d'un bien séquestré et au tiers revendiquant un objet saisi (idem, no 258 p. 62). b) En l'espèce, il n'est pas nécessaire de déterminer si X 1 SA et le commissaire au sursis ont qualité pour recourir, ce qui peut se discuter, le recours devant de toute manière être rejeté sur le fond, comme on le verra plus loin.

### **E. 5**

L'article 35 al. 2 LPJA, applicable à titre de droit supplétif (cf. plus haut), n'exclut pas la production de preuves en procédure de recours. La possibilité de produire des preuves nouvelles en procédure de recours peut aussi se déduire de la maxime inquisitoire, applicable en la matière (sur la maxime inquisitoire et ses conséquences en matière de preuves, cf. Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, n. 27 ss et 59 ad art. 20a). La preuve littérale no 8 produite avec le mémoire de recours paraît donc recevable. Le fait qu'elle devrait établir, soit la vente des trois montres dont il est ici question par X 1 SA à la société B. Ltd, résulte de toute manière aussi de

pièces déjà produites dans la procédure de plainte, de sorte qu'il n'est pas utile de s'arrêter plus longuement sur ce point.

#### **E. 6**

La question du montant devant revenir à la société A. SA dans le cadre du concordat de X 1 SA (soit les 145'672.85 francs qui ont été consignés) a été tranchée par la décision d'homologation du concordat, rendue le 17 décembre 2015 et qui est entrée en force de chose jugée. C'est d'ailleurs bien la somme en question que le commissaire au sursis a décidé de consigner et sa décision n'a pas fait l'objet d'une plainte au sujet du montant dû. L'argument avancé par les recourants – d'ailleurs non pas dans le recours, mais seulement dans les observations du 21 novembre 2016 –, selon lequel une somme de 78'000 francs, payée à la société A. SA, devrait encore être déduite du montant consigné, n'est plus recevable à ce stade.

#### **E. 7**

Selon l'article 310 al. 1 LP, le concordat a force obligatoire pour tous les créanciers, en particulier ceux dont les créances sont nées avant l'octroi du sursis. Cela vaut aussi pour les créanciers qui n'ont pas adhéré au concordat (Gilliéron, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 5<sup>ème</sup> édition, no 3183 p. 626). La seule exception concerne les créances couvertes par un gage immobilier en tant qu'elles sont couvertes par le gage (art. 310 al. 1, 2<sup>ème</sup> phrase LP). Comme l'a relevé l'AiSLP, la décision d'homologation positive du concordat parfait celui-ci et l'exécution du concordat-dividende implique le paiement, par le débiteur, du dividende à chaque créancier.

#### **E. 8**

a) Sous la note marginale « Créances garanties par les biens de tiers », l'article 61 OAOF – applicable aussi en matière de concordat, ce que les parties ne contestent pas – prévoit que les créances garanties par des objets qui sont en totalité ou en partie la propriété de tiers sont classées dans les créances non garanties pour la totalité de leur montant reconnu, sans prendre en considération l'existence du gage, mais en le mentionnant (al. 1), que si les objets remis en gage sont réalisés avant qu'il ait été procédé à la répartition du dividende de la faillite, le propriétaire des biens remis en gage a droit au dividende en lieu et place du créancier gagiste, pour autant qu'il a été légalement subrogé aux droits de ce dernier par la réalisation du gage, et que s'il y a litige au sujet de la subrogation, le dividende est consigné (al. 2). b) S'agissant de l'application de l'article 61 al. 1 OAOF, la doctrine relève que si une dette est garantie par un gage constitué par un tiers, le bien grevé du gage ne tombe pas dans la masse, mais doit être mentionné à l'état de collocation ; le créancier au bénéfice du droit de gage peut poursuivre individuellement le tiers en réalisation du gage (Gilliéron, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 5<sup>ème</sup> édition, no 1621 p. 384-385). En outre, le produit de la réalisation des actifs de la masse revient au créancier jusqu'à complète satisfaction et ce n'est qu'à partir du moment où sa créance est couverte que l'excédent éventuel profite aux tiers propriétaires des gages (idem, no 1778 p. 420, avec les références). La créance garantie par un gage propriété d'un tiers est soumise entièrement à la procédure concordataire (Hardmeier, in : BSK SchKG, 2<sup>ème</sup> édition, 2010, n. 11 ad art. 310 LP ; Jaeger et al., Bundesgesetz über Schulbetreuung und Konkurs, vol. III, 4<sup>ème</sup> édition, n. 28 ad art. 310 LP). En conséquence et comme l'a relevé l'AiSLP, le créancier au bénéfice d'un droit de gage portant sur un objet propriété d'un tiers ne peut prétendre, dans la procédure concordataire, qu'au dividende concordataire calculé sur le montant total de sa

créance, sans tenir compte de l'existence du gage ( ATF 48 III 102 , JdT 1922 I 482). Dans ce cas, le créancier gagiste peut faire valoir son droit de gage à l'égard du tiers pour le solde de la créance non couvert par le dividende versé ( Hunkeler , SchKG, n. 17 ad art. 310 LP). En d'autres termes, le créancier – à la condition encore d'avoir rempli les conditions de l'article 303 LP – ne peut faire valoir ses droits sur le bien propriété d'un tiers que pour la partie de sa créance qui n'a pas été couverte par le dividende ( Jaeger et al. , op. cit., n. 28 ad art. 310 LP). Il résulte de ce qui précède que, dans la procédure de concordat-dividende, le créancier dont la créance est garantie par un gage propriété d'un tiers, gage qui n'a pas encore été réalisé, est fondamentalement traité comme un créancier chirographaire et a droit au même dividende que les créanciers non garantis. Une fois le concordat homologué et le dividende payé, ce créancier peut agir contre le tiers propriétaire du gage, afin de faire réaliser le gage et de tenter de couvrir le solde de sa créance, soit la différence entre la créance totale et le dividende reçu. Une conséquence en est que le créancier bénéficiaire d'un gage peut, s'il parvient à faire réaliser le gage à son profit, finalement obtenir plus que le montant du dividende reçu dans le cadre du concordat. Contrairement à ce que paraissent penser les recourants, cela ne contrevient pas au principe général de l'égalité entre les créanciers : dans les procédures d'insolvabilité, les créanciers gagistes bénéficient par définition, du fait de la loi, d'avantages par rapport à ceux dont la créance n'est pas garantie. c) Il est constant – et aucune des parties ne le conteste – que les trois montres dont il est question ne sont pas la propriété de la société A. SA et qu'elles lui ont été remises par X 1 SA. Que l'on tienne compte ou pas de la pièce no 8 déposée par les recourants avec leur mémoire de recours, le dossier établit que la propriétaire des montres est la société la société B. Ltd, à qui X 1 SA les avait vendues et qui les avait retournées à la même X 1 SA pour service après-vente en raison de défauts des mouvements, X 1 SA remettant ensuite les montres à la société A. SA pour ce service après-vente. Il est tout aussi constant que la société A. SA prétend à un droit de rétention sur ces montres, prétention dont il a été fait mention dans la procédure concordataire. Dès lors, on se trouve bien dans le cas d'un créancier qui, dans une procédure concordataire, invoque un gage sur des objets qui sont la propriété d'un tiers (sous la forme d'un droit de rétention, dont l'article 37 al. 2 LP rappelle qu'il s'agit d'un gage mobilier). Ce gage devait être mentionné dans la procédure concordataire, mais sans conséquence sur la fixation du dividende revenant à la société A. SA. Comme on l'a vu, ce dividende se monte à 145'672.85 francs. d) Comme l'AiSLP l'a retenu, la consignation du dividende revenant à la société A. SA ne se justifiait pas. L'article 61 al. 2 OAOF , prévoyant un cas de consignation du dividende, ne peut pas s'appliquer à la présente cause, puisqu'il ne vise que l'hypothèse où « les objets remis en gage sont réalisés avant qu'il ait été procédé à la répartition du dividende de la faillite » . En l'espèce, les trois montres dont il est question n'ont pas été réalisées à ce jour et, en outre, il a déjà été procédé à la répartition du dividende. L'article 315 al. 2 LP prévoit que les dividendes afférents aux créances contestées sont versés par le débiteur à la caisse des dépôts et consignations jusqu'au jugement définitif, si le juge du concordat l'ordonne. En l'espèce, la question de la créance de la société A. SA a été réglée dans la procédure concordataire, le dividende revenant à cette société ayant été déterminé définitivement. On ne peut donc pas retenir que cette créance serait contestée, au sens de la disposition précitée. Au surplus, le juge du concordat n'a pas ordonné de consignation, mais bien que les dividendes soient versés aux créanciers, ceci sans réserve. Les recourants font référence à un auteur qui mentionne la consignation du dividende comme voie à suivre dans certains cas de créances garanties par gage ( Marchand , in : CR LP, n. 36 ad art. 310). Cependant,

ce commentaire ne s'applique pas au cas de la créance garantie par un droit de gage sur un bien appartenant à un tiers, cas pour lequel cet auteur renvoie expressément à l'article 61 OAOF, dont il a été question plus haut (idem, n. 38 ad art. 310). Dans la procédure concordataire, soit à l'audience tenue le 30 octobre 2015 devant le juge du concordat, le mandataire de X 1 SA indiquait lui-même qu'il appartenait à la société B. Ltd de revendiquer les trois montres et que le litige entre cette société et la société A. SA à ce sujet ne concernait pas X 1 SA. Le 28 novembre 2015, le juge du concordat écrivait au mandataire de la société A. SA en lui demandant si sa cliente pouvait admettre que le droit de rétention sur les trois montres devait être réglé hors concordat, en précisant que, dans la négative, la société A. SA était invitée à déposer une estimation de la valeur des montres. La société A. SA n'a pas donné de suite à ce courrier et a donc admis que la question du droit de rétention devait être réglée hors concordat. C'est bien ainsi qu'elle doit l'être et il n'y a pas lieu d'examiner ici si l'exercice du droit de rétention est justifié, ni qui devrait, le cas échéant, agir contre qui au sujet des trois montres.

#### **E. 9**

Il résulte de ce qui précède que la décision entreprise est conforme au droit. Le recours doit dès lors être rejeté, dans la mesure de sa recevabilité. Il sera statué sans frais (art. 20a al. 2 ch. 5 LP), ni dépens (art. 62 al. 2 OELP).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.