

## VD\_FINDINFO Faillite / 2016 / 20 vom 6. Juni 2016

VD Tribunal cantonal, 2016-06-06, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_Faillite\\_\\_\\_2016\\_\\_\\_20](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_Faillite___2016___20)

FR: VD\_FINDINFO Faillite / 2016 / 20 du 6 juin 2016

IT: VD\_FINDINFO Faillite / 2016 / 20 del 6 giugno 2016

### Regeste

RÉVOCATION DU CONCORDAT | 313 LP

### Erwägungen

#### E. 2

Par prononcé du 22 octobre 2015, le Président du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois a rejeté, dans la mesure où elle était recevable, la requête déposée par Z.\_\_\_\_\_ et A.N.\_\_\_\_\_ le 21 janvier 2010 (I), a mis les frais de procédure à la charge de Z.\_\_\_\_\_, par 997 fr. 25, frais des dernières publications en sus, et de A.N.\_\_\_\_\_, par 997 fr. 25, frais des dernières publications en sus (II), a dit que Z.\_\_\_\_\_ et A.N.\_\_\_\_\_ étaient débiteurs, solidairement entre eux, de la société X.\_\_\_\_\_ SA de la somme de 20'000 fr., TVA et débours compris, à titre de dépens (III), a fixé l'indemnité du conseil d'office de A.N.\_\_\_\_\_, Me Jean-Philippe Heim, à 5'453 francs 30, TVA, débours et vacations inclus, pour la période du 17 janvier 2013 au 2 octobre 2014 (IV), a dit que A.N.\_\_\_\_\_, bénéficiaire de l'assistance judiciaire, était, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenu au remboursement des frais judiciaires arrêtés sous chiffre II ci-dessus, ainsi que de l'indemnité de son conseil d'office fixée sous chiffre IV ci-dessus, laissés provisoirement à la charge de l'État (V) et a rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (VI). Le premier juge a examiné chacun des griefs allégués par les requérants contre le concordat litigieux. Il a rejeté l'allégation selon laquelle des créanciers auraient été favorisés au détriment d'autres pendant la durée du sursis pour le motif que les créances payées constituaient des dettes périodiques découlant de la continuation des activités de la sursitaire et devant être considérées comme contractées avec l'accord du commissaire au sursis ; quant à celles qui constituaient effectivement des créances concordataires soumises au dividende et ne pouvaient pas être payées pendant la durée du sursis, il a considéré que le procédé déloyal était réalisé, mais que les faits pouvaient être connus des créanciers avant l'homologation du concordat. Il a rejeté l'allégation de malversations comptables, pour le motif qu'il n'était pas établi que les créanciers, s'ils avaient eu connaissance des prélèvements indus de B.N.\_\_\_\_\_ en 2003 (établis par l'instruction) et des salaires fictifs, n'auraient pas accepté le concordat. Il a rejeté l'allégation d'omissions du commissaire, pour le motif que de telles omissions, soit n'étaient pas établies, soit pouvaient être connues des créanciers, soit encore ne constituaient pas un comportement déloyal. Il a déclaré irrecevables les allégations relatives au vote du concordat, pour le motif que la voie de la contestation de l'homologation, n'étant pas ouverte aux titulaires des créances cédées aux requérants, puisqu'ils avaient tous adhéré au concordat, n'était pas ouverte non plus aux cessionnaires des droits de ces créanciers. Enfin, il a rejeté les allégations selon lesquelles B.N.\_\_\_\_\_ aurait imaginé un « plan » pour « éjecter » A.N.\_\_\_\_\_ de « sa qualité de créancier principal » de G.\_\_\_\_\_ SA/X.\_\_\_\_\_ SA,

aucun élément du dossier ne permettant de conclure à l'existence d'un tel plan.

### E. 3

a) Par acte du 9 novembre 2015, A.N. \_\_\_\_\_ a recouru contre ce prononcé, qui lui avait été notifié le 29 octobre 2015, en concluant, avec dépens, principalement, à sa réforme en ce sens que le concordat dividende est révoqué, ce sous suite de frais et dépens, subsidiairement, à son annulation et au renvoi de la cause au premier juge pour nouvelle décision dans le sens des considérants, plus subsidiairement, à sa réforme en ce sens que les dépens de première instance sont réduits à 1'200 francs. b) Par prononcé du 11 décembre 2015, la présidente de la cour de céans a accordé au recourant le bénéfice de l'assistance judiciaire pour la procédure de recours avec effet au 9 novembre 2015, sous la forme de l'exonération d'avances, l'exonération des frais judiciaires et l'assistance d'office d'un avocat en la personne de Me Jean-Philippe Heim. c) Par jugement du 19 novembre 2015, définitif et exécutoire depuis le 7 décembre 2015, le Président du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois, sur requête d'une société créancière ordinaire, [...] SA, a prononcé la faillite de la société X. \_\_\_\_\_ SA. Par avis du 30 décembre 2015, la présidente de la cour de céans a informé le recourant que, sauf objections motivées dans un délai au 20 janvier 2016, elle constaterait que le recours était sans objet et rayerait la cause du rôle sans autre formalité. Par écriture du 20 janvier 2016, le recourant s'est opposé à ce qu'il soit constaté que le recours était sans objet et à ce que la cause soit rayée du rôle. Z. \_\_\_\_\_ s'y est également opposé, par lettre postée le 31 janvier 2016. d) Par avis du 4 février 2016, un délai non prolongeable de dix jours dès réception a été imparti à l'intimée X. \_\_\_\_\_ SA, à Z. \_\_\_\_\_, à l'Office des poursuites du district d'Aigle et à l'Office des faillites de l'arrondissement de l'Est vaudois, pour déposer une réponse. Par lettre du 11 février 2016, l'Office des faillites de l'arrondissement de l'Est vaudois a confirmé être en charge de la liquidation de la faillite de la société X. \_\_\_\_\_ SA et s'en est remis à justice s'agissant du sort du recours. Par lettre du 12 février 2016, l'Office des poursuites du district d'Aigle s'en est également remis à justice quant au sort du recours. Z. \_\_\_\_\_ en a fait de même par lettre du 17 février 2016. e) La faillite de l'intimée a été suspendue faute d'actif par décision du 29 février 2016, publiée dans la FAO et dans la FOSC du 11 mars 2016, le délai pour effectuer l'avance de frais (de 5'000 fr.) étant fixé au 21 mars 2016. f) Par avis du 29 mars 2016, un délai au 15 avril 2016 a été imparti par la présidente de la cour de céans au recourant, à l'intimée (par l'Office des faillites de l'arrondissement de l'Est vaudois) et à Z. \_\_\_\_\_ pour se déterminer sur la nécessité d'une suspension de la cause par application directe ou analogique de l'art. 207 LP (loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ; RS 281.1). Par écriture déposée le 26 avril 2016, soit dans le délai prolongé à cet effet, le recourant s'est opposé à ce que la cause soit suspendue en application de l'art. 207 LP. Par lettre du 6 mai 2016, l'Office des faillites de l'arrondissement de l'Est vaudois a indiqué qu'aucune avance de frais n'avait été versée dans le délai imparti lors des publications du 11 mars 2016, mais que la liquidation n'était pas terminée, l'administration de la faillite devant encore procéder à la réalisation des biens gagés ; il a en outre relevé que les conditions de l'art. 207 LP semblaient réunies, notamment en ce qui concernait le montant des dépens alloués en première instance. En droit : I. Le droit du concordat, régi par les art. 293 ss LP, a été modifié par la loi fédérale du 21 juin 2013, entrée en vigueur le 1 er janvier 2014 (RO 2013 4111 ; Message relatif à la modification de la LP (droit de l'assainissement) du 8 septembre 2010, in FF 2010 VI pp. 5871 ss). Selon la disposition transitoire de cette modification, la procédure concordataire est réglée par le droit antérieur lorsque la requête de sursis a été déposée avant le 1 er janvier 2014. En l'espèce, la requête de sursis a été

déposée le 13 avril 2005, soit bien avant l'entrée en vigueur du nouveau droit. Il en va de même du reste de la requête de révocation du concordat qui date du 21 janvier 2010. C'est donc à la lumière de l'ancien droit que le présent litige doit être examiné. II. La demande de révocation est fondée sur l'art. 313 LP. Conformément à l'art. 313 al. 2 LP, les art. 307 à 309 sont applicables par analogie. Les décisions du juge de la révocation peuvent ainsi faire l'objet d'un recours au sens du CPC [Code de procédure civile ; RS 272] (art. 307 LP ; Hardmeier, in Staehelin/Bauer/ Staehelin (éd.), Basler Kommentar (BK), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 2 e éd., 2010, n. 9 ad art. 313 SchKG [LP]). En application de l'art. 405 al. 1 CPC, les recours sont régis par le droit de procédure en vigueur au moment de la communication de la décision aux parties. En l'espèce, le recours a été déposé dans les formes requises, par acte écrit et motivé (art. 321 al. 1 CPC), et en temps utile, dans le délai de dix jours suivant la notification du prononcé attaqué (art. 321 al. 2 CPC) - l'échéance de ce délai, qui tombait le dimanche 8 novembre 2015, étant reportée au premier jour ouvrable suivant (art. 142 al. 3 CPC) -, de sorte qu'il est recevable. Les réponses des autres parties le sont également (art. 322 CPC). Les autres écritures déposées par les parties à la suite d'interpellations de la cour de céans ont été accomplies dans les délais impartis, respectivement prolongés à cet effet et sont donc recevables. III. a) Le recours déposé tend à obtenir la révocation du concordat homologué le 29 mai 2006. La révocation de ce concordat ferait revivre l'intégralité des créances initiales soumises au concordat (Hunkeler, Kurzkomentar SchKG (KUKO), 2 e éd., 2014, n. 10 ad 313 SchKG [LP]) et permettrait en particulier au recourant de faire valoir la créance qui lui a été cédée dans le cadre de la faillite de l'intimée. La faillite prononcée le 19 novembre 2015 n'a donc pas pour effet de rendre le recours sans objet. b) L'art. 207 al. 1 LP dispose que, sauf dans les cas d'urgence, les procès civils auxquels le failli est partie et qui influent sur l'état de la masse en faillite sont suspendus. Ils ne peuvent être continués, en cas de liquidation ordinaire, qu'après les dix jours qui suivent la seconde assemblée des créanciers et, en cas de liquidation sommaire, qu'après les vingt jours qui suivent le dépôt de l'état de collocation. Cette disposition s'applique également aux procédures de recours qui sont en rapport avec un procès civil auxquels le failli est partie, pour autant qu'elles affectent les droits appartenant à la masse et que l'admission du recours puisse modifier la situation juridique matérielle existant depuis l'ouverture de la faillite (Romy, in Dallèves/Foëx/Jeandin (éd.), Commentaire romand (CR), Poursuite et faillite, 2005, n. 9 ad art. 207 LP et la référence citée). Le litige portant sur la révocation du concordat ressortit uniquement au droit de la poursuite et n'est donc pas un procès civil ayant pour objet une contestation de droit matériel. Il n'y a dès lors pas lieu, en l'espèce, de suspendre la procédure. IV. Sur le fond, le recourant reproche tout d'abord au premier juge d'avoir examiné individuellement les différents griefs soulevés pour les exclure l'un après l'autre, au lieu de les considérer comme un tout. Il soutient ensuite que des créanciers ont été favorisés pour au moins 51'824 fr. 25, que les comptes étaient si mal tenus que des créances manquaient pour 223'328 fr., que l'ancienne administratrice, toujours en fonction durant la procédure concordataire, avait détourné à son profit 92'242 fr. couverts par des écritures comptables et environ 200'000 fr. « maquillés » en salaires fictifs, que les stocks étaient sous-évalués de 178'601 fr. et que le résultat de l'entreprise avait été diminué fictivement d'au moins 791'332 fr. 80. Il affirme en outre que le concordat a été obtenu grâce au vote de l'actionnaire majoritaire et administrateur de fait de la société sursitaire, qui avait racheté pour 150'000 fr. une créance postposée escomptée à 600'991 fr. pour voter à l'assemblée des créanciers et faire passer un concordat prévoyant que ces derniers ne recevraient que le

quart de leur créance et se retrouver, après cet assainissement forcé ou plutôt imposé aux créanciers, seul actionnaire et créancier principal de la société. Le recourant en conclut qu'aucun créancier n'aurait accepté le concordat s'il avait été informé de ces différents éléments. a) Aux termes de l'art. 313 al. 1 LP, tout créancier peut demander la révocation d'un concordat entaché de mauvaise foi (art. 20, 28, 29 CO [Code des obligations ; RS 220]). Le renvoi aux art. 20, 28 et 29 CO n'est pas limitatif (Marchand, in CR, n. 8 ad art. 313 LP). En réalité, tout comportement contraire aux règles de la bonne foi ayant permis au débiteur d'obtenir un concordat constitue un motif de révocation (Hardmeier, in BK, n. 3 ad art. 313 LP et les réf. citées : Hunkeler, KUKO, n. 2 ad art. 313 LP et les réf. citées). La condition de la mauvaise foi est notamment réalisée lorsqu'un concordat a été accepté alors que le sursitaire a suborné des intervenants en leur promettant des avantages en sus des stipulations du concordat (art. 312 LP ; art. 168 CP [Code pénal ; RS 311.0]), ou alors que le concordataire avait diminué fictivement son actif (art. 163 ch. 1 et 171 al. 1 CP), avait diminué effectivement son actif (art. 164 ch. 1 et 171 al. 1 CP) ou avait accordé des avantages à certains créanciers au détriment des autres (art. 167 et 171 al. 1 CP), ou encore alors que le concordataire avait produit un bilan et/ou des livres comptables falsifiés (art. 170 CP) (Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Art. 271-357, 2003, n. 7 ad art. 313 LP). Une condamnation pénale du débiteur n'est toutefois pas nécessaire (Hunkeler, loc. cit. ). L'acte ou l'omission contraire à la bonne foi ne doit du reste pas nécessairement être de nature pénale (Marchand, op. cit. , n. 11 ad art. 313 LP). Il peut en outre être le fait d'un tiers ( ibid. , n. 10 ad art. 313 LP). L'acte ou l'omission contraire à la bonne foi doit en revanche être dans une relation de causalité avec l'adhésion des créanciers au concordat ou son homologation par le juge ( ibid. , n. 12 ad art. 313 LP ; Hardmeier, in BK, n. 4 ad art. 313 LP ; Hunkeler, op. cit. , n. 4 ad art. 313 LP). La révocation du concordat selon l'art. 313 LP a un effet de nullité globale du concordat. Elle implique que les effets de l'homologation cessent à l'égard de tous les créanciers, contrairement à la révocation de l'art. 316 LP qui ne concerne que le créancier requérant. Le texte allemand fait d'ailleurs la distinction entre Aufhebung /révocation (art. 313 LP) et Widerruf /résolution (art. 316 LP) (Marchand, op. cit. , n. 15 ad art. 313 LP ; CPF 12 novembre 2012/448/449). La révocation du concordat permet aux créanciers de requérir la faillite sans poursuite préalable du débiteur (art. 309 LP, auquel renvoie l'art. 313 al. 2 LP). Ils doivent alors être colloqués dans cette faillite en raison de leur créance totale (et non de leur créance modifiée par l'effet du concordat), sous déduction des paiements déjà effectués par le débiteur (Marchand, op. cit. , n. 16 ad art. 313 LP). Le droit des créanciers aux intérêts renaît depuis la publication du sursis et s'ajoutent aux créances produites dans la faillite ( ibid. , n. 17 ad art. 313 LP). Les prestations déjà exécutées par le débiteur en exécution du concordat ordinaire ne sont pas susceptibles de restitution : leur cause n'est pas dans le concordat révoqué, qui n'a eu pour effet qu'une modification des créances mais pas une novation. Les créances soumises au concordat gardent ainsi leur cause initiale et le paiement partiel qui en est fait conformément au concordat n'est donc pas un paiement sans cause ( ibid. , n. 19 ad art. 313 LP). b) En l'espèce, il résulte du jugement rendu le 1<sup>er</sup> février 2012 par le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de l'Est vaudois que B.N. \_\_\_\_\_, administratrice de la société en fonction depuis la création de celle-ci et jusqu'à la fin de la procédure concordataire, a détourné à son profit près de 200'000 fr. durant les années 2003 à 2006 en dissimulant ses opérations par l'inscription, dans les comptes de la société, de salaires fictifs. La situation financière de la société présentée aux créanciers lors de la procédure concordataire reposait donc sur une comptabilité falsifiée par

et au profit de l'administratrice qui leur demandait d'abandonner une partie conséquente de leur créance. Les actifs de la société auraient en outre dû inclure une créance d'au moins 200'000 fr. contre B.N.\_\_\_\_\_, créance dont les perspectives d'encaissement n'auraient pas été jugées inexistantes, la débitrice étant propriétaire d'un bien immobilier, sur lequel un séquestre a été d'ailleurs ordonné dans le cadre de la procédure pénale. Ces différents éléments, alors inconnus des créanciers, auraient à l'évidence été de nature à influencer leur décision au moment de se déterminer sur la proposition de concordat qui leur était soumise. Il faut donc admettre que, pour ce seul motif déjà, le concordat est manifestement entaché de mauvaise foi au sens de l'art. 313 LP et qu'il doit par conséquent être révoqué. Vu ce qui précède, il n'y a pas lieu d'examiner les autres griefs invoqués par le recourant. V. En conclusion, le recours doit être admis et la décision du premier juge réformée en ce sens que le concordat litigieux est révoqué, les frais de première instance, arrêtés à 1'994 fr. 50, frais des dernières publications en sus, mis à la charge de l'intimée X.\_\_\_\_\_. SA en liquidation et des dépens alloués au requérant A.N.\_\_\_\_\_. L'action ayant été ouverte avant le 1<sup>er</sup> janvier 2011, l'ancien droit de procédure est applicable (art. 26 al. 2 TDC [tarif des dépens en matière civile ; RSV 270.11.6] ; CPF, 12 novembre 2012/448/449). Selon l'ancien art. 62 al. 1 OELP [ordonnance sur les émoluments perçus en application de la LP ; RS 281.35], dans les procédures sommaires en matière de poursuite (art. 25 ch. 2 LP), le juge pouvait, sur demande de la partie qui obtenait gain de cause, condamner la partie qui succombait au paiement d'une indemnité équitable à titre de dépens; il en fixait le montant dans le jugement (CPF, 2 février 2006/21 ; CPF, 25 septembre 2003/337 ; CPF, 27 novembre 1997/632). Les dépens accordés à la partie obtenant gain de cause devaient être appréciés en fonction du temps consacré à l'affaire, de la complexité des questions qu'elle soulevait, ainsi que de la valeur litigieuse (ATF 119 III 68, JT 1995 II 124). Les tarifs cantonaux n'étant pas directement applicables, le juge pouvait seulement s'en inspirer (TF 5P.458/1999 du 29 février 2000 ; CPF, 22 février 2007/54). Pour les procédures soumises à l'ancien droit de procédure cantonal, on pouvait de se référer au tarif des honoraires d'avocat dus à titre de dépens du 17 juin 1986 (TAv ; RSV 177.11.3) et au tarif des honoraires d'agent d'affaires breveté dus à titre de dépens du 22 février 1972 (TAg ; RSV 179.11.3). En l'espèce, la procédure de première instance a été particulièrement longue et a suscité de nombreuses écritures du conseil du recourant. Le dossier est en outre volumineux. On peut ainsi considérer que des dépens globaux de 15'000 fr. seraient justifiés. Les opérations de Me Heim ont toutefois également été effectuées pour le compte de Z.\_\_\_\_\_, lequel n'a cependant pas recouru. Le montant des dépens de première instance doit être fixé à 7'500 fr., TVA et débours compris, pour tenir compte de cet élément. Les frais de deuxième instance, arrêtés à 2'500 fr. (art. 54 et 61 OELP), frais de publication (art. 308 et 313 al. 2 LP) en sus, doivent être mis à la charge de l'intimée X.\_\_\_\_\_. SA en liquidation. Le conseil du recourant demande une indemnité d'office correspondant à trente-deux heures et cinq minutes de travail pour la procédure de recours. Il a produit une liste détaillée de ses opérations. L'indemnité demandée est justifiée et peut être allouée à concurrence de 6'288 fr. 30, TVA et débours compris. En outre, l'intimée doit verser au recourant des dépens de deuxième instance, arrêtés à 12'700 fr. 80, TVA et débours compris (art. 3 al. 3 et 19 al. 2 TDC).