

VD_FINDINFO Faillite / 2018 / 16 vom 29. August 2018

VD Tribunal cantonal, 2018-08-29, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_Faillite___2018___16

FR: VD_FINDINFO Faillite / 2018 / 16 du 29 août 2018

IT: VD_FINDINFO Faillite / 2018 / 16 del 29 agosto 2018

Regeste

CONCORDAT ORDINAIRE, HOMOLOGATION DU CONCORDAT, ABUS DE DROIT, ASSEMBLÉE DES CRÉANCIERS, POSTPOSITION | 2 al. 2 CC, 298 al. 2 LP, 306 al. 1 ch. 1 LP, 306 al. 1 ch. 3 LP, 307 LP, 320 CPC (CH)

Erwägungen

E. 25

ad art. 298 SchKG [LP]). Au demeurant, la situation est particulière en l'espèce dans la mesure où le juge a été amené à examiner simultanément le contrat de transfert et le projet de concordat qui en est la suite logique. On ne se trouve ainsi pas dans la situation où le juge préjugerait de l'adhésion des créanciers. Savoir si la sursitaire aurait dû proposer un concordat par abandon d'actif est une autre question. ee) La recourante reproche au premier juge d'avoir considéré que, de fait et implicitement, les créanciers avaient été consultés sur le contrat puisque le projet de concordat qui leur a été soumis reposait sur ce contrat. Elle fait valoir que les créanciers ont été mis devant le fait accompli lors de l'assemblée des créanciers du 23 janvier 2018 et que, par ailleurs, le projet de concordat ne mentionne pas la vente de l'entreprise, de sorte que l'adhésion des créanciers ne peut donc pas s'entendre comme un accord au contrat. Il est vrai que les créanciers n'ont pas été consultés au préalable. La recourante ne soutient toutefois pas qu'une ratification a posteriori – dont elle admet qu'elle est en principe possible pour le juge qui n'a pas non plus été consulté (cf. supra consid. III b) - est exclue pour les créanciers. Or, il ressort des faits non contestés par la recourante qu'à la séance du 23 janvier 2018, le commissaire a présenté son rapport, « faisant notamment état de la reprise des activités de la requérante par la cessionnaire en exécution du contrat de vente d'actifs et de cession d'activités du 13 juillet 2017, dont il a détaillé le contenu » (cf. jugement p. 59). La recourante a d'ailleurs déposé une plainte LP, le 2 février 2018, contre la décision du commissaire d'approuver le contrat. C'est ainsi à raison que le premier juge a considéré que l'adhésion des créanciers au projet de concordat emportait ratification du contrat de vente. IV. a) Invoquant une violation des dispositions sur le concordat par abandon d'actif, la recourante fait valoir que le contrat équivaut à une liquidation de la sursitaire et que, par conséquent, seul un concordat par abandon d'actif pouvait être envisagé, le concordat-dividende ayant pour but le maintien de l'entreprise. Elle soutient que la sursitaire s'est affranchie de toutes les règles de protection des créanciers en déguisant le concordat par abandon d'actif en concordat-dividende ordinaire, la privant ainsi de la possibilité d'intenter une action en contestation de l'état de collocation pour contester les créances d'E. _____ et de C. _____ et de demander la cession des droits de la masse contre les administrateurs. La sursitaire a proposé un concordat-dividende, ce qui implique que les règles y relatives s'appliquent, et non pas celles relatives au concordat par abandon d'actif. Le grief invoqué par la recourante est en

réalité l'abus de droit. b) A teneur de l'art. 2 al. 2 CC (Code civil ; RS 210), l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi. Cette règle permet au juge de corriger les effets de la loi dans certains cas où l'exercice d'un droit allégué créerait une injustice manifeste. Le juge apprécie la question au regard des circonstances concrètes. Les cas typiques d'abus sont l'absence d'intérêt à l'exercice d'un droit, l'utilisation d'une institution juridique de façon contraire à son but, la disproportion manifeste des intérêts en présence, l'exercice d'un droit sans ménagement ou l'attitude contradictoire. L'abus de droit doit être admis restrictivement, comme l'exprime l'adjectif «manifeste» utilisé dans le texte légal (ATF 143 III 279 consid. 3.1 ; 135 III 162 consid. 3.3.1 et les arrêts cités). On parle de fraude à la loi lorsqu'un justiciable évite l'application d'une norme imposant ou interdisant un certain résultat (norme éludée) par le biais d'une autre norme permettant d'aboutir à ce résultat de manière apparemment conforme au droit (norme éludante ; ATF 132 III 212 consid. 4.1 ; Chappuis, in Pichonnaz/Foëx (éd.), Commentaire romand, Code civil I, 2010, n. 54 ad art. 2 CC). En d'autres termes, il y a fraude à la loi lorsque, en usant d'un moyen qui est en soi permis, on vise un résultat qui, lui, est prohibé. Il convient de rechercher si, d'après son sens et son but, la norme éludée entend uniquement prohiber une certaine manière de procéder, ou si elle veut interdire un résultat en soi. Dans cette seconde hypothèse, la norme éludée doit être appliquée nonobstant la construction destinée à la contourner (ATF 79 II 79 consid. 4a, JdT 1954 I 142 ; Steinauer, Le Titre préliminaire du Code civil, TDP II/1, 2009, p. 105 n. 308; Baumann, in Zürcher Kommentar, 3 e éd. 1998, n. 53 ad art. 2 CC; Merz, in Berner Kommentar, 3 e éd. 1962, n. 90 ad art. 2 CC). La fraude à la loi est parfois traitée comme un cas particulier de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC ; cf. par ex. ATF 129 III 618 consid. 6.2), qui recouvre des comportements tels que l'utilisation d'une institution juridique - ou l'exercice d'un droit - de façon contraire à son but. La doctrine majoritaire estime que la fraude à la loi est un problème ressortissant à l'application du droit et à l'interprétation de la loi éludée, de sorte que le recours à l'art. 2 al. 2 CC n'est pas indiqué (Chappuis, loc. cit. ; Honsell, in Basler Kommentar, 4 e éd. 2010, n. 31 ad art. 2 CC; Baumann, loc. cit. ; Merz, op. cit. , n. 93 ad art. 2 CC; cf. ATF 117 II 290 consid. 4c ; 125 III 257 consid. 3b) ; des exceptions sont réservées (Hausheer/Aebi-Müller, in Berner Kommentar, 4 e éd. 2012, nn. 85 et 93 ad art. 2 CC; Steinauer, op. cit. , p. 106 note infrapaginale 90 ; TF 4A_609/2012 consid. 3). On ne saurait, en principe, considérer comme une fraude à la loi le fait de choisir l'une de plusieurs formes juridiques créées par le législateur pour permettre d'atteindre un certain but économique. Au contraire, on ne peut parler d'une telle fraude que si, en recourant à un expédient déterminé, on veut obtenir un résultat défendu. Si c'est le résultat recherché qui est interdit, en d'autres termes, si la disposition éludée contient une interdiction de but, tous les autres moyens aboutissant à ce résultat sont également défendus et, dès lors, on doit aussi dénier toute validité juridique à l'acte par lequel on a remplacé celui qui était interdit. En revanche, si une disposition ne règle qu'une manière de procéder, sans interdire comme tel le résultat recherché, on ne fraude pas la loi en choisissant une autre voie légale pour atteindre le même but économique ou un but équivalent. Dans ce cas, seul le moyen est interdit, non le but. C'est ainsi qu'en matière de commerce d'immeubles on peut sans acte authentique, en transférant simplement toutes les actions d'une société anonyme immobilière d'après les principes du droit des sociétés anonymes, obtenir les effets d'un transfert de propriété sur des immeubles, c'est-à-dire le pouvoir d'en disposer de fait. La fraude n'existerait que si, par ce moyen, on voulait éluder l'interdiction de dépasser le prix maximum autorisé ou les conditions posées pour les constructions subventionnées officiellement (ATF 79 II 79 précité). c) En l'espèce, il est vrai que la sursitaire se trouve

vidée de ses actifs. A strictement parler, ce n'est pas le projet de concordat qui la vide de sa substance, mais le contrat préalablement ratifié. Comme on l'a vu, toutefois, ces deux actes doivent être examinés conjointement. En l'occurrence, au vu de l'arrêt précité, c'est l'assainissement ou la liquidation sans faillite qui doit être considérée comme le « résultat », le but économique recherché, et non la liquidation « sans droit de regard pour les créanciers ». Or, les normes relatives au concordat par abandon d'actif ne tendent pas à prohiber ce résultat en soi ; elles posent simplement des exigences de forme pour arriver à ce résultat. Les droits des créanciers sont plus étendus parce qu'il s'agit de partager un actif entre eux, sans qu'ils sachent d'emblée ce qui leur reviendra, alors que dans le concordat-dividende, ils savent d'emblée quel pourcentage de leur créance leur est offert. En l'espèce, le concordat proposé offre bien un dividende identique pour tous les créanciers chirographaires. Il n'y a dès lors pas fraude à la loi. V. a) La recourante fait valoir que l'inventaire établi par le commissaire est insuffisant. Elle en déduit que les règles sur la procédure de sursis n'ont pas été respectées, ce qui exclurait l'homologation du concordat. b) Comme on l'a vu (cf. supra, consid. III b) cc) p. 18), les actes du commissaire sont susceptibles de faire l'objet de plaintes LP. Sauf cas de nullité absolue, ils doivent être contestés dans le délai de dix jours de l'art. 18 LP. La recourante est à tard pour se plaindre des « défauts » de l'inventaire dans un recours contre la décision d'homologation du concordat. VI. a) La recourante soutient que l'admission du droit de vote des créanciers E. _____ SA et C. _____ constitue une violation de l'art. 305 LP. Elle invoque un arrêt de la cour de céans de 1976 selon lequel les créances des administrateurs actionnaires qui pourraient ainsi s'exonérer de leurs responsabilités civile et pénale ne doivent pas être prises en compte. Elle se prévaut aussi d'un arrêt zurichois qui retient qu'il est possible de ne pas prendre en compte le vote dominant d'un créancier lorsqu'il a un intérêt personnel direct à l'homologation du concordat fondamentalement incompatible avec les intérêts objectifs des créanciers. En l'espèce, elle relève que, par le truchement de sociétés, S. _____ est à la fois actionnaire et ancien administrateur de la sursitaire, son principal créancier et le reprenneur de son entreprise. b) En vertu de l'art. 305 al. 3 LP, le juge du concordat décide si et dans quelle mesure doivent être comptées les créances contestées, par quoi il faut entendre en premier lieu les créances contestées par le débiteur ; il peut toutefois aussi écarter du vote des créances admises par le débiteur mais contestées par d'autres créanciers. Il serait choquant que le concordat soit accepté grâce au vote d'un créancier proche du débiteur, par exemple son actionnaire, alors que cette créance est contestée par une partie importante des autres créanciers. Le juge doit décider de l'admission au vote du créancier contesté selon le test de la vraisemblance (Marchand, CR LP, n. 37 ad art. 305 LP). Toutefois, le seul fait que le créancier soit étroitement lié au débiteur et ait un intérêt particulier à l'homologation du concordat ne suffit pas à l'exclure du droit de vote, sauf abus de droit, comme par exemple si le concordat devait être totalement incompatible avec l'intérêt objectif des créanciers (Hardmeier, in Basler Kommentar, n. 28 ad art. 305 SchKG [LP]). c) En l'espèce, le test de la vraisemblance des créances litigieuses est essentiel, dès lors qu'elles ont été déterminantes pour l'homologation du concordat. Selon le décompte des votes, en effet, on constate que, si on soustrait ces créances des productions comptant pour le vote, qui ont atteint 14'220'223 fr. 73 pour cinquante et un créanciers, il reste 2'819'794 fr. 90 pour quarante-neuf créanciers. La double majorité alternative de créanciers et de créances requise est alors de vingt-cinq et 1'879'863 fr. 26 ou de treize et 2'114'846 fr. 17. Avec trente créanciers pour une valeur de 1'662'086 fr. 96, la majorité des créances n'aurait pas été atteinte. Outre que ces créances figurent au bilan, on observe que, dans sa

requête de ratification du contrat, la sursitaire relève qu'elle est surendettée depuis 2008 (allégué 25), les dettes n'ayant fait qu'augmenter depuis lors. Cela explique les créances litigieuses, S. _____ et ses co-investisseurs ayant vraisemblablement réinjecté des fonds à plusieurs reprises pour éviter la faillite, comme cela ressort notamment des avis de crédit bancaires joints à la production de C. _____. La recourante, qui se borne à invoquer l'intérêt des sociétés et personnes concernées à acquérir des actifs à bas prix, à éviter une faillite et à se soustraire à leur éventuelle responsabilité, n'établit pas que le concordat lèserait l'intérêt objectif des créanciers, pour qui le concordat est plus avantageux qu'une faillite (cf. supra consid. III b) cc)). Par surabondance, on relève que les créances litigieuses ne sont pas contestées par une partie importante des créanciers, seule la recourante ayant manifesté activement son opposition à l'homologation notamment pour ce motif. Comme l'a considéré à raison le premier juge, il n'y a pas lieu d'exclure ces deux créances du décompte des majorités. VII. a) Selon l'art. 306 al. 1 ch. 1 LP, l'homologation est soumise notamment à la condition que la valeur des prestations offertes soit proportionnée aux ressources du débiteur. b) Invoquant une violation de cette disposition, la recourante fait valoir que l'absence de toute évaluation correcte des actifs ne permettait pas au juge de s'assurer de la réalisation de cette condition. c) Le premier juge a considéré que cette condition était remplie parce que la sursitaire « disposait des montants nécessaires pour régler en intégralité les créances privilégiées et verser un dividende de 5% à chaque créancier chirographaire ». Il a ainsi jugé que la requérante avait de quoi assumer le concordat proposé. Ce n'est cependant pas le sens de l'exigence de l'art. 306 al. 1 ch. 1 LP : il s'agit plutôt de s'assurer que le débiteur offre suffisamment et ne s'en tire pas à trop bon compte. On peut considérer que c'est le cas en l'espèce, puisque la sursitaire consacre au concordat l'entier du prix de vente reçu de la cessionnaire pour la quasi-totalité de ses actifs. L'argument soulevé touchant la valeur de ces actifs ne relève pas d'une violation éventuelle de cette disposition. VIII. a) Selon l'art. 306 al. 1 ch. 3 LP, en cas de concordat ordinaire, les titulaires de parts doivent s'acquitter d'une contribution équitable destinée à l'assainissement du débiteur. b) Invoquant une violation de cette disposition, la recourante est d'avis que le projet de concordat n'implique aucune contribution équitable des titulaires de parts, et que l'exception – que le concordat soit plus avantageux que la faillite – n'est pas réalisée. c) Le premier juge a considéré que la vente des actifs et l'affectation du prix de vente au financement du concordat avaient pour conséquence que les titulaires de parts ne tireraient aucun bénéfice de l'assainissement de la sursitaire et qu'il y avait ainsi une contribution suffisante. Ce raisonnement peut être suivi, les actionnaires ne disposant plus que d'une coquille vide. Par ailleurs, comme on l'a vu plus haut, la cour de céans suit également le premier juge et considère que le concordat est plus avantageux pour les créanciers qu'une faillite (cf. supra consid. III b) cc)). IX. a) Dans sa réplique, la recourante soutient que les créances postposées, par principe, ne doivent pas être admises au vote. aa) La cour de céans a examiné cette question en détail dans un arrêt du 26 janvier 2012 (CPF 26 janvier 2012/84). Elle a tenu compte des avis de doctrine cités par la recourante et est parvenue à la conclusion que les créances post-postées participaient au vote, sous réserve d'abus de droit. La recourante n'amène aucun élément nouveau qui justifierait de revenir sur cette jurisprudence. bb) L'auteur Charles Jacques, dans un article cité dans l'arrêt susmentionné (Subordination (postposition) et exécution, Le sort des créances subordonnées dans l'exécution forcée, in L'Expert-comptable suisse 10/99, pp. 899 ss, spéc. p. 903), admet une exception au droit des créanciers subordonnés de se prononcer sur l'homologation du concordat en cas d'abus de droit, précisant entre parenthèses : « volonté

de nuire aux créanciers prépositifs ». Il ajoute que l'homologation peut être refusée lorsque le concordat est entaché de mauvaise foi (art. 313 al. 1 LP a contrario, qui mentionne les art. 20 CO [Codes des obligations ; RS 220] (objet du contrat impossible, illicite ou contraire aux mœurs), 28 CO (dol) et 29 CO (crainte fondée)), en particulier lorsqu'il ne tient pas compte de subordinations qui ne sont pas douteuses et dont on peut penser qu'elles n'étaient pas connues des créanciers adhérents, ou lorsqu'il a été imposé aux créanciers minoritaires grâce aux voix prépondérantes des créanciers subordonnés (ibid., p. 904). En d'autres termes, selon cet auteur, pour contester le passif, les créanciers n'ont que la possibilité de refuser leur adhésion ; s'ils acceptent le concordat, ils en admettent aussi la composition du passif. Les limites à ce principe sont de deux ordres : d'une part, l'interdiction de l'abus de droit et du recours à la mauvaise foi pour faire accepter le concordat autorise le juge à refuser l'homologation, par exemple quand la subordination a été dissimulée ou quand elle a été accordée par des personnes proches de la société débitrice, car il y a alors présomption que celle-ci se rembourse, par ce biais, une part de la somme offerte aux (vrais) créanciers, en violation de l'art. 306 al. 1 ch. 1 LP (l'article rédigé sous l'ancien droit se réfère à l'art. 306 al. 2 ch. 1 aLP, lequel avait en substance la même teneur que la nouvelle disposition, seule l'expression « somme offerte » ayant été remplacée par « valeur des prestations offertes ») ; d'autre part, chaque créancier qui n'a pas adhéré au concordat peut, toujours selon cet auteur, contester le versement du dividende au créancier subordonné en ouvrant action en contestation du droit de percevoir le dividende, dans le délai de vingt jours qui doit lui être fixé à cet effet par l'autorité concordataire lors de l'homologation. cc) En l'espèce, la question de l'abus de droit a déjà été examinée (cf. supra consid. IV), sous un autre angle que celui de la postposition ; sous cet angle également, on doit considérer que les éléments sont insuffisants pour retenir une volonté de nuire. Quant à l'hypothèse de la dissimulation de la postposition des deux créances en cause, elle doit être écartée, ce fait ressortant des pièces (cf. supra consid. I c) bb)). En revanche, c'est bien l'acceptation des créanciers postposés, qui sont de surcroît des proches de la société, qui a permis d'atteindre la majorité des créances. Toutefois, comme déjà relevé plus haut, cette circonstance ne doit pas amener à refuser l'homologation. En effet, la majorité des créanciers était de toute façon atteinte, et seule la recourante a contesté les créances litigieuses. De plus, du point de vue de l'art. 306 LP, la situation est un peu différente, car l'homologation est ici liée à un contrat de vente d'actifs à un tiers. Ce n'est donc pas la débitrice qui offre le dividende de 5% des créances chirographaires - elle n'a pas d'autre ressource de valeur à offrir que l'U. _____ -, mais le tiers acquéreur. Par conséquent, si le concordat n'est pas homologué, le dividende offert ne sera plus dû. b) Se fondant sur l'avis de Fabrice Robert-Tissot (Les effets du concordat sur les obligations, Analyse en particulier des effets du concordat sur les contrats, Travaux de la faculté de droit de l'Université de Fribourg, Thèse, 2010), la recourante soutient encore que le concordat-dividende ne doit pas mettre sur le même pied les créanciers de troisième rang et les créanciers postposés, ceux-ci ne devant être payés qu'après désintéressement complet de ceux-là. Selon elle, il y aurait violation de l'art. 306 al. 1 ch. 1 LP. Elle se prévaut d'un arrêt non publié du Tribunal fédéral (TF 5P.287/1996), dans lequel ce dernier a jugé que le concordat n'était pas proportionné aux ressources du débiteur parce que le passif avait été gonflé indûment par la production, par les administrateurs actionnaires, de créances - représentant approximativement la moitié du passif - dont il s'était avéré qu'elles avaient été formellement postposées. De son côté, l'intimée cite d'autres auteurs selon lesquels la postposition ne déploie d'effets qu'en cas de liquidation par faillite ou concordat par

abandon d'actif et non en cas de concordat-liquidation, ce type de concordat (ordinaire) tendant à la poursuite de l'activité sociale (cf. notamment Françoise Bastons Bulletti, La postposition de créance selon l'art. 725 al. 2 CO, in RFJ 2002, pp. 103 ss, p. 117). Au sujet de l'arrêt du Tribunal fédéral invoqué par la recourante, l'intimée observe que la situation n'était pas comparable à celle du cas d'espèce : les dividendes portaient sur un produit de réalisation fixe, ce qui signifiait que le montant global à percevoir par les créanciers était fixe et que le dividende perçu par chacun se trouvait diminué du fait de l'admission des créances postposées. Elle relève que, selon le Tribunal fédéral, pour savoir si l'art. 306 al. 1 LP avait été violé, il convenait d'examiner en outre si le concordat restait en définitive plus avantageux qu'une faillite, même si le dividende ne paraissait pas élevé, et elle soutient que tel est le cas en l'espèce. aa) Le premier argument de l'intimée n'est guère pertinent dans la mesure où la sursitaire ne pourra évidemment pas poursuivre son activité après avoir vendu son seul actif, l'U._____. bb) La recourante part de l'idée que le montant que l'acquéreuse est disposée à verser pour acheter l'U._____ doit en premier lieu revenir aux « vrais » créanciers. Elle perd ainsi de vue les circonstances particulières du cas d'espèce, où le montant en question, s'agissant d'une offre de tiers, n'est pas à la libre disposition de la sursitaire. Au demeurant, Charles Jaques, dans son article précité, exprime son désaccord avec « l'opinion toute générale du Tribunal fédéral » selon laquelle la prise en compte dans le concordat de créances subordonnées violerait l'art. 306 LP. Selon lui, cette disposition ne vise que la question de l'actif du débiteur, et non celle de son passif. cc) La recourante fait valoir que dans l'arrêt précité (TF 5P.287/1996), le Tribunal fédéral avait considéré que la faillite était plus avantageuse que le concordat, parce qu'elle « offrait d'une part l'assurance de voir l'intégralité du prix de vente des brevets revenir à la masse et donc aux véritables créanciers sociaux plutôt qu'aux actionnaires créanciers, et d'autre part la faculté pour les créanciers – dont ceux-ci seraient privés en cas d'homologation du concordat – de mettre en œuvre des prétentions en responsabilité à l'égard des administrateurs ». Il aurait considéré également ce qui suit : « On ne voit pas pour quelles raisons les brevets ne pourraient pas être vendus au même prix dans la liquidation par voie de faillite que dans la solution du concordat. En tout état de cause, aucun élément ne permet de dire que leur valeur serait nulle en cas de faillite ». Le Tribunal fédéral semble ainsi avoir considéré qu'en cas de doute, il faudrait admettre que la liquidation des actifs est aussi avantageuse en cas de faillite que dans un concordat. En l'espèce, toutefois, la clause du contrat de vente d'actifs prévoyant le versement supplémentaire de 5% en cas d'homologation du concordat permet d'affirmer positivement qu'il n'y aurait pas d'offre similaire en cas de faillite. Par ailleurs, aucun autre repreneur n'a manifesté d'intérêt au cours du sursis. De plus, la perspective d'une action en responsabilité n'est vraisemblablement pas intéressante pour la majorité des créanciers dont la créance est modeste. Enfin, une cessation, même temporaire, des activités de l'U._____, a fortiori une faillite, aurait pour conséquence une perte de la valeur de la société, qui résulte principalement de la publication du journal. IX. En conclusion, le recours doit être rejeté et le jugement confirmé. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 2'500 fr., sont mis à la charge de la recourante (art. 106 al. 1 CPC). Celle-ci doit en outre verser aux deux intimées qui ont produit des déterminations, des dépens de deuxième instance fixés, respectivement, à 1'000 fr. pour Y._____ qui a déposé une réponse et à 4'000 fr. pour G._____ qui a déposé une réponse fouillée et une duplique.

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