

COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

Arrêt du 12 novembre 2012

Présidence de M. HACK, président
Juges : Mme Carlsson et M. Bosshard
Greffier : Mme van Ouwenaller

Art. 313 LP

La Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal, statuant à huis clos en sa qualité d'autorité de recours en matière sommaire de poursuites et de faillite, s'occupe des recours exercés par **G.**_____, à Lausanne, et **A.R.**_____, à Mex, contre le jugement préjudiciel rendu le 24 mai 2012, à la suite de l'audience du 8 décembre 2011, par le Président du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois, dans la cause qui les oppose à la société **S.**_____, à Ollon.

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

En fait :

1. Par prononcé préjudiciel du 24 mai 2012, directement motivé, rendu à la suite d'une audience contradictoire tenue le 8 décembre 2011, le Président du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois a rejeté, dans la mesure où elle était recevable, la requête déposée le 21 janvier 2010 par G. _____ et A.R. _____ de révocation du concordat dividende présenté par S. _____, homologué par le Président du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois le 29 mai 2006.

Le premier juge a mis les frais de la procédure à la charge de G. _____, par 997 fr. 25, frais des dernières publications en sus, et de A.R. _____ par 997 fr. 25, frais des dernières publications en sus, (II) et dit que G. _____ et A.R. _____ étaient débiteurs solidaires de la société S. _____ de la somme de 10'000 fr. à titre de dépens (III), toutes autres ou plus amples conclusions étant rejetées (IV).

Les requérants ont recouru séparément, par actes du 4 juin 2012, concluant, avec dépens, principalement à ce que la légitimation active leur soit reconnue dans l'action en révocation du concordat et subsidiairement à ce que le jugement soit annulé et la cause renvoyée au premier juge pour nouvelle décision.

Par acte du 29 juin 2012, le recourant A.R. _____ a sollicité l'assistance judiciaire. Celle-ci lui a été accordée par décision présidentielle du 13 juillet 2012 pour l'avance et les frais judiciaires ainsi que pour l'assistance d'un avocat d'office en la personne de Me Jean-Philippe Heim, avec effet au 5 juin 2012, l'intéressé étant exonéré de toute franchise mensuelle.

Dans ses mémoires de réponse du 27 juillet 2012, l'intimée a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet des recours.

2. Il résulte en substance du prononcé préjudiciel et des pièces produites en première instance les faits suivants:

a) Le 3 juin 2005, le Président du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois a accordé à la société S. _____ un sursis concordataire de six mois et a désigné [...] en qualité de commissaire au sursis. Par décision du 18 janvier 2006, ce sursis a été prolongé jusqu'au 16 mai 2006.

L'appel aux créanciers a été publié le 8 juillet 2005 dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) et dans la Feuille des avis officiels du canton de Vaud (FAO), un délai au 27 juillet 2005 étant fixé aux créanciers pour produire leurs créances. Par circulaire du 17 mars 2006, le commissaire a convoqué les créanciers à une assemblée fixée au 21 avril 2006. Le 7 avril 2006, la sursitaire a signé un acte de concordat prévoyant de désintéresser ses créanciers chirographaires par le paiement d'un dividende de 25 % et une quittance définitive pour le solde. A l'assemblée du 21 avril 2006, le commissaire au sursis a présenté aux créanciers un rapport faisant état de la situation active et passive de la sursitaire, le montant total des actifs au 3 juin 2005 s'élevant à 778'756 fr. 92 et le passif à 2'393'990 fr. 65, dont 18'637 fr. 25 de productions tardives et 92'541 fr. 65 de productions contestées.

Le 27 avril 2006, l'agent d'affaires de la sursitaire a adressé aux créanciers de cette dernière un courrier les invitant à adhérer au concordat et contenant les phrases suivantes:

"Votre débitrice propose un concordat-dividende, savoir le versement d'un 25 % pour solde de tout compte, paiement intervenant dans le mois suivant l'homologation définitive du concordat et garanti selon l'acte du concordat.

[...]

Je suis bien conscient qu'un sacrifice important vous est demandé en l'espèce, savoir l'abandon pur et simple de 75 % de vos prétentions [...]"

Le concordat a été accepté par les créanciers, puis homologué par décision du Président du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois du 29 mai 2006, publiée dans la FAO des 6 et 9 juin 2006.

Par inscription au registre du commerce du 11 mai 2007, la raison sociale de la société S. _____ a été modifiée pour devenir "S. _____".

b) Dans un premier temps, le requérant A.R. _____ avait produit deux créances, l'une le 27 juillet 2005 de 2'216'335 fr., sur la base d'une convention d'apport du 25 février 2000 inscrite au registre du commerce, et l'autre le 28 juillet 2005, de 728'708 francs.

Selon la liste des productions, dans sa version finale du 15 mai 2006, la première créance de A.R. _____ a été ramenée à 1'594'195 fr. et il est fait mention que cette créance a été cédée à la société D. _____, selon une convention du 12 avril 2006. Cette dernière convention contient les passages suivants:

"Par la présente, A.R. _____ cède l'ensemble de ses créances produites dans le cadre du sursis concordataire du S. _____ (No d'ordre 60 & 64 dans la liste des productions faillite sursis S. _____ No 2004003) à la société D. _____, dont Monsieur [...] est l'actionnaire unique, domiciliée à : [...].

Monsieur A.R. _____ reconnaît qu'en recevant la somme de CHF 150'000.- il est traité en parfaite égalité avec les propositions faites aux autres créanciers intervenants dans le sursis concordataire du S. _____. Par la même occasion, A.R. _____ renonce à toutes discussions ultérieures relatives au calcul de ces mêmes créances (durée, taux, etc.). Il confirme qu'après cette cession il n'a plus aucune prétention à faire valoir contre la société S. _____."

En revanche, la deuxième créance, entièrement contestée, ne figure plus sur la liste du 15 mai 2006, la production ayant été retirée le 11 janvier 2006.

c) La liste du 15 mai 2006 fait également état des productions d'U._____, à Riddes, pour 59'660 fr. (n. 46), d'[...], à Kleinandelfingen, pour 1'248 fr. 75, considérée comme tardive (n. 71), de [...], à Vinzel, pour 8'716 fr. 60 (n. 9), de [...], à Carouge, pour 28'577 fr. 50 (n. 25), de [...], à Boudry, pour 2'642 fr. 75 (n. 40), du N._____, à Villeneuve, pour 34'216 fr. 70 (n. 11), de [...], à Nyon, pour 556 fr. 40 (n. 19), de [...] à Dietikon, pour 3'677 fr. 11 (n. 5), de [...], à Monthey, pour 637 fr. 35 (n. 44), de [...], à Daagmersellen, pour 164 fr. (n. 31), de [...], à Sion, pour 1'249 fr. 25 (n. 37), de [...], à Martigny, pour 5'024 fr. 45 (n. 3), de [...], à Noville, pour 2'020 fr. 80, partiellement contestée (n: 55) et de [...], à Villeneuve, pour 362 fr. 60 (n. 35).

Par acte du 7 octobre 2009, la société N._____ a signé un acte de cession contenant les termes suivants:

"Notre Société, N._____, Zone industrielle C, 1844 Villeneuve était créancière pour fr. 34'216,70 du S._____, à Rennaz. Ensuite de la demande de concordat de notre débitrice, nous avons accepté la proposition d'un règlement de nos factures à 25 %. Notre créance a été régulièrement colloquée sous numéro 11 dans la liste de collocation du 15 mai 2006.

Nous venons d'apprendre que l'administratrice B.R._____ a commis des indélicatesses pendant la période du sursis concordataire, notamment qu'elle a encaissé sur son compte privé auprès de la Banque cantonale de Fribourg un montant de fr. 79'000.- de l'ECA pour des emballages ayant brûlés (sic) dans l'incendie du 14 mai 2005 et appartenant au S._____.

Nous avons appris également qu'elle aurait encaissé une rémunération de fr. 50'00.- le 8 février 2006 confirmée par le procès-verbal du 24 novembre 2006 de la société S._____.

En raison de ces actes délictueux, et peut-être d'autres, nous cédon's le reste de notre créance, soit le 75 % de fr. 34'216,70, soit fr. 25'662,00 à A.R._____, [...], 1880 Bex pour qu'il puisse la faire valoir à ses risques et périls en vue de l'annulation du sursis concordataire du S._____ "

Par acte du 14 décembre 2009, U._____ a signé un acte de cession contenant notamment la stipulation suivante:

"Notre Société U._____, [...], 1908 Riddes était créancière pour fr. 59'660,00 du S._____, à Rennaz. Ensuite de la demande de concordat de notre débitrice, nous avons accepté la proposition d'un règlement de nos factures à 25 %. Notre Créance a été régulièrement colloquée sous numéro 6 dans la liste de collocation du 15 mai 2006.

Nous déclarons céder le solde de notre créance, soit le 75 % de fr. 59'660.00 représentant notre perte

soit fr. fr. (sic) 44'745.- (quarante quatre mille sept cent quarante cinq francs)

à M. G._____, [...], 1006 Lausanne pour qu'il puisse la faire valoir à ses risques et périls pour l'annulation du sursis concordataire du S._____."

Entre les 14 et 29 décembre 2009, les autres créanciers susmentionnés ont signé des actes semblables en faveur de G._____.

d) Par requête du 21 janvier 2010, G._____ et A.R._____ ont conclu, avec dépens, à la révocation du concordat dividende présenté par S._____, à Rennaz, dont la raison sociale actuelle est S._____, homologué le 29 mai 2006 par le Président du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois.

Dans des déterminations du 5 décembre 2011 la société S._____ a conclu, avec frais et dépens, au rejet de la requête.

Le 8 décembre 2011, le Président du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois a tenu audience en présence des parties. Celles-ci ont produit plusieurs pièces. Les requérants ont notamment produit un onglet de trente-deux pièces sous bordereau dont

l'une est une déclaration de la société N._____, du 8 décembre 2011, ainsi libellée:

"Par la présente, nous confirmons avoir, par notre cession de créance du 7 octobre 2009, voulu céder à M. A.R._____ l'intégralité de notre créance N° 11 de fr. 34'216,70 contre la société S._____, sous déduction du montant encaissé dans le cadre du concordat, ainsi que l'intégralité des droits qui s'y rapportent."

Lors de cette audience, les parties ont signé une convention de procédure sollicitant du premier juge qu'il tranche, à titre préjudiciel, la question de la légitimation active des requérants G._____ et A.R._____.

3. Le premier juge a considéré en substance que le requérant G._____ n'avait jamais été créancier de l'intimée alors que le requérant A.R._____ avait cédé les deux créances produites à la société D._____ avant l'homologation du concordat, perdant ainsi sa qualité de créancier concordataire. Pour le surplus, il a estimé que les créanciers concordataires avaient abandonné le 75 % de leurs créances, si bien que les créances cédées aux requérants étaient tout au plus des créances naturelles pour lesquelles le créancier était privé de toute voie de justice et d'exécution forcée.

En droit :

I. a) Aux termes de l'art. 125 let. c CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272), pour simplifier le procès, le tribunal peut ordonner une jonction de causes. La jonction de causes, comme la division de causes, n'est pas conditionnée par des critères précis tels la connexité pour la jonction ou l'absence de connexité pour la division. Le

seul critère est celui de la simplification du procès, selon l'appréciation du tribunal (Haldy, Code de procédure civile commenté, n. 6 ad art. 125 CPC).

En l'occurrence, les deux recours déposés par G._____ et par A.R._____ concernent le même prononcé, rendu relativement à une action qu'ils ont intenté ensemble. Dans ces conditions, il se justifie que les deux causes soient jointes pour être traitées dans le même arrêt.

b) Les recours ont été formés en temps utile, dans le délai de dix jours de l'art. 321 al. 2 CPC. Il sont écrits et motivés et contiennent des conclusions tendant à ce que la légitimation active soit reconnue aux recourants, subsidiairement à ce que le jugement soit annulé et la cause renvoyée au premier juge pour nouvelle décision (sur l'exigence de conclusions: cf. Jeandin, Code de procédure civile commenté, n. 5 ad art. 321 CPC; Freiburghaus/Afhéldt, ZPO Kommentar, n. 14 ad art. 321 CPC; ATF 137 III 617 c 4). Les recours sont ainsi recevables.

Déposées dans le délai de dix jours de l'art. 322 al. 2 CPC, les déterminations de l'intimée sont également recevables.

II. a) D'après l'art. 313 al. 1 LP (loi sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889; RS 281.1), tout créancier peut demander la révocation d'un concordat entaché de mauvaise foi (art. 20, 28, 29 CO [loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse; RS 220]). 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, Commentaire romand, n. 15 ad art. 313 LP).

La révocation totale peut avoir pour objet tout concordat judiciaire, ordinaire ou par abandon d'actifs, obtenu par le débiteur. Les

motifs d'une telle révocation sont constitués par des comportements passés, relatifs à l'obtention du concordat, et contraires à la bonne foi (Schüpbach, Révocation du concordat (art. 313 et 316 LP): insolvence, récalcitrance, errance ou décadence?, in *Insolvence, désendettement et redressement*, Etudes réunies en l'honneur de Louis Dallèves, pp. 253 ss, p. 259).

b) La titularité du droit à la révocation totale du concordat entaché de mauvaise foi obéit à des règles différentes de celles qui gouvernent la révocation partielle. Le droit à la révocation totale est généré par l'obtention déloyale du concordat. La révocation déploie des effets collectifs. Un créancier concordataire peut certes l'obtenir et l'imposer aux autres en se fondant sur des actes déloyaux commis au détriment de la communauté des créanciers concordataires, mais il peut l'obtenir et l'imposer aussi en se fondant sur des actes déloyaux commis soit à son préjudice soit au préjudice d'un ou de quelques autres créanciers concordataires. L'art. 313 LP, peu explicite, ouvre la révocation du concordat entaché de mauvaise foi à tout créancier sans autre restriction que celle, implicite, d'être concordataire (Schüpbach, op. cit., pp. 27a-274; Marchand, op. cit., n. 1 ad art. 313 LP; Hardmeier, Basler Kommentar, n. 5 ad art. 313 LP; Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, n. 5 ad art. 313 LP).

Subordonner la qualité pour agir à la condition d'être encore, dans un concordat ordinaire, créancier du débiteur concordataire, comme le voudrait le premier juge, revient à vider de pratiquement toute substance la disposition de l'art. 313 LP, en excluant *contra legem* tout créancier concordataire ayant reçu le dividende prévu par le concordat entaché de mauvaise foi.

c) La qualité pour agir en révocation appartient en principe au titulaire de la créance concordataire, titulaire originaire sur la tête duquel

elle est née ou titulaire dérivé qui l'a acquise par succession singulière ou universelle (Schüpbach, op. cit., p. 276).

La cession d'une créance, soit son transfert à titre singulier (Probst, Commentaire romand, n. 15 ad art. 164 CO), comprend les droits de préférence et autres droits accessoires, sauf ceux qui sont inséparables de la personne du cédant. D'une façon générale, la créance ne peut être scindée en une prétention de fond et un droit d'action (Klagerecht). Le droit suisse ne connaît pas une cession portant sur la seule faculté de déduire une créance en justice; il connaît seulement la cession de créance comme telle, qui fait passer au cessionnaire la qualité pour intenter une action. En conséquence, une personne ne peut pas être chargée de faire valoir en son propre nom le droit d'autrui (ATF 78 II 265 c. 3a, SJ 1953 p. 449).

Dénier au cessionnaire d'une créance concordataire le droit de requérir la révocation du concordat revient à dissocier la prétention au fond et le droit d'action, qui serait resté au cédant, créancier concordataire originaire. Or, ce n'est pas la conception du droit suisse (Probst, Commentaire romand, n. 40 ad art. 164 CO).

Par conséquent, les recourants G._____ et A.R._____, qui ont acquis par cession des créances concordataires, ont la qualité pour agir en révocation du concordat.

d) En revanche, conformément au raisonnement du président, A.R._____ n'est pas créancier concordataire pour les deux créances qu'il avait initialement produites dans la procédure mais auxquelles il avait soit renoncé, parce que contestée, ou qu'il avait cédée avant l'homologation du concordat. Pour cette dernière créance, si le concordat devait être révoqué, c'est le cessionnaire D._____ qui se verrait bénéficier d'une renaissance de la créance.

III. Par conséquent, les recours doivent être admis et le prononcé entrepris réformé en ce sens que les requérants G._____ et A.R._____ ont la légitimation active dans l'action en révocation de concordat ouverte le 21 janvier 2010.

L'action a été ouverte avant le 1^{er} janvier 2011, de sorte que l'ancien droit de procédure est applicable. L'art. 37 let. k aLVLP prévoyait que le président du tribunal statue en procédure sommaire en matière de concordat. Les émoluments sont déterminés par l'art. 54 OELP (Ordonnance du 23 septembre 1996 sur les émoluments perçus en application de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite; RS 281.35). Selon l'art. 91 CPC-VD, les dépens comprennent les frais, les honoraires et les débours. En cas de jugement préjudiciel, les dépens suivent le sort de la cause, sauf si le jugement met fin au procès (Poudret/Haldy/Tappy, Procédure civile vaudoise, n. 7.8 ad art. 92 CPC-VD). Tel n'est pas le cas en l'espèce, vu l'issue du recours. En conséquence, les dépens de première instance suivront le sort de la cause.

Les frais de deuxième instance, arrêtés à 2'000 fr., sont mis à la charge de l'intimée S._____. L'indemnité d'office de Me Heim est arrêtée à 2'867 fr. 40.

L'intimée doit payer des dépens de deuxième instance au recourant G._____, par 1'000 fr., en remboursement de son avance de frais. Elle devra verser des dépens de deuxième instance à A.R._____, fixés à 2'800 francs.

Par ces motifs,
la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos en sa qualité d'autorité
de recours en matière sommaire de poursuites et de faillite,
p r o n o n c e :

- I.** Les recours sont admis.
- II.** Le prononcé est réformé en ce sens que les requérants G._____ et A.R._____ ont la légitimation active dans l'action en révocation de concordat ouverte le 21 janvier 2010.
- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 2'000 fr. (deux mille francs), sont mis à la charge de l'intimée.
- IV.** L'intimée S._____ doit en conséquence verser au recourant G._____ 1'000 fr. (mille francs) à titre de restitution d'avance de frais de deuxième instance, et 1'000 fr. (mille francs) à l'Etat de Vaud.
- V.** L'indemnité d'office de Me Jean-Philippe Heim, conseil du recourant A.R._____ est arrêtée à 2'867 fr. 40 (deux mille huit cent soixante-sept francs et quarante centimes).
- VI.** Le bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenu au remboursement de l'indemnité du conseil d'office mis à la charge de l'Etat.
- VII.** L'intimée S._____ doit verser au recourant A.R._____ la somme de 2'800 fr. (deux mille huit cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.
- VIII.** L'arrêt est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du 12 novembre 2012

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, prend date de ce jour.

Il est notifié, par l'envoi de photocopies, à :

- M. G. _____,
- Me Jean-Philippe Heim, avocat (A.R. _____),
- Me François Roux, avocat (pour S. _____).

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110). Ce recours doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Cet arrêt est communiqué, à

- M. le Président du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois.

La greffière :