

POURSUITE POUR DETTES ET FAILLITE SCHULDBETREIBUNG UND KONKURS

10. Chambre des poursuites du Tribunal cantonal Arrêt du 7 octobre 1998

Art. 13, 14 et 17 LP; art. 13 LELP – Compétence de la Chambre des poursuites et des faillites comme autorité de surveillance.

Art. 2 al. 2 CC; art. 252 LP – Liquidation des faillites de sociétés d'un groupe appartenant à un actionnaire unique. Portée du principe de la dualité juridique entre la société anonyme et l'actionnaire unique.

Art. 285 LP – Révocation des actes accomplis entre sociétés de groupe.

Art. 13, 14 und 17 SchKG; Art. 13 EGSchKG – Befugnisse der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer als Aufsichtsbehörde.

Art. 2 Abs. 2 ZGB; Art. 252 SchKG – Konkursverwertung von Gesellschaften eines Konzerns, der einem Alleinaktionär gehört. Bedeutung des Grundsatzes der rechtlichen Selbständigkeit zwischen der Aktiengesellschaft und dem Alleinaktionär.

Art. 285 SchKG – Paulianische Anfechtungsklage von Rechtshandlungen die unter den Gesellschaften eines Konzerns erfolgt sind.

Résumé des faits

A. Par acte du 4 mars 1996, remis à la poste le 6 mars 1996, F. SA, à Lausanne, organe de révision des sociétés du groupe X, a avisé le président du tribunal d'arrondissement du surendettement de ces sociétés en application de l'art. 729b al. 2 CO.

Par acte du 5 mars 1996, C., administrateur unique de ces sociétés, a également avisé le juge du surendettement de celles-ci et a sollicité un ajournement de leur faillite selon l'art. 725a CO.

L'ajournement de la faillite a été prononcé et un curateur nommé; l'ajournement a été prolongé à trois reprises. En l'absence de nouvelles

requêtes d'ajournement comme de propositions d'assainissement réalisables et vu le surendettement manifeste des sociétés au 31 décembre 1995 et selon le bilan intermédiaire au 25 juillet 1996, le président du tribunal a prononcé la faillite des sociétés du groupe X, soit celle de X Holding SA, de X SA, de Z SA et de Y SA et a chargé l'Office des faillites de procéder à leur liquidation par jugement du 23 septembre 1996.

B. L'administration de la faillite de X SA a été confiée à une administration spéciale, à savoir M. SA.

Les faillites des sociétés Z SA et Y SA sont administrées par l'Office cantonal des faillites. Elles sont traitées en la forme sommaire. Le 17 octobre 1996, l'Office cantonal des faillites a chargé M. SA d'encaisser les créances de ces deux sociétés auprès des débiteurs à l'étranger, de procéder à la liquidation des participations à l'étranger, de vérifier les paiements effectués par la masse et de récupérer la TVA.

C. L'état de collocation de X SA a été déposé le 14 août 1998. Une créance de l'Administration fédérale des contributions, division TVA (ci-après l'AFC) a été admise en 5e classe pour 455'601.84 francs. Les états de collocation de Z SA et de Y SA ont été déposés du 18 juillet 1997 au 7 août 1997, modifiés le 12 juin 1998 et redéposés jusqu'au 2 juillet 1998 à la suite de productions complémentaires de l'AFC. Les créances produites par l'AFC ont été entièrement admises, soit une créance de 25'418.85 francs en 5e classe dans l'état de collocation de la faillite de Z SA et une créance de 11'656.10 francs en 5e classe dans l'état de collocation de la faillite de Y SA.

Ont également été admises en 5e classe, à l'état de collocation de Z SA une créance de la masse en faillite X SA de 595'125.05 francs, à l'état de collocation de Y SA une créance de la masse en faillite X SA de 2'030'206.60 francs et une créance de C. de 612'943.35 francs. A l'état de collocation de X SA ont été admises en 5e classe trois créances de C. de 249'502.43 francs, de 160'488 francs et de 10'759.70 francs.

Ces états de collocation sont définitifs et exécutoires. Ils n'ont pas fait l'objet d'actions en contestation de la part de l'AFC.

Selon une estimation du 25 mars 1998, le dividende de la faillite de Y SA devrait être de 84.39%.

D. Par courrier du 8 juillet 1998, l'AFC s'est adressée à la Chambre de céans, formulant différentes remarques à l'encontre de l'administration des faillites des sociétés prénommées. Dit courrier ne s'en prenant à aucune décision ou mesure de l'Office, la Chambre a invité l'AFC à lui faire savoir si les griefs qu'elle formulait pourraient revêtir un caractère pénal et, partant, si elle devait considérer sa lettre comme une dénonciation pénale à transmettre, le cas échéant, au juge d'instruction compétent.

M. SA s'est déterminée sur ce courrier, par l'intermédiaire de son avocat, par lettre du 14 juillet 1998.

Par courrier du 31 août 1998, l'AFC a confirmé qu'elle n'a pas déposé de plainte au sens de l'art. 17 LP, qu'elle n'a fait que soumettre à l'attention de la Chambre des constatations en rapport avec le déroulement de la procédure, attirant son attention sur leur incidence quant au désintéressement des créanciers et en la priant d'y mettre bon ordre.

M. SA, administration spéciale, s'est déterminée sur ledit courrier par lettre du 4 septembre 1998.

E. La Chambre a invité l'Office cantonal des faillites à se déterminer sur le courrier de l'AFC, à produire les jugements de faillite et les états de collocation définitifs des trois sociétés et à indiquer si l'AFC les avait contestés. L'Office des faillites s'est déterminé par lettre du 29 septembre 1998 et a produit les pièces requises. M. SA a produit les pièces concernant la faillite X SA.

Extrait des considérants

1. En dehors des cas dans lesquels il est porté plainte contre une mesure de l'office au sens de l'art. 17 LP, la Chambre des poursuites du Tribunal cantonal exerce la surveillance générale des offices de poursuite et de faillite (art. 13 et 14 LP; art. 13 de la loi du 11 mai 1891 concernant l'exécution de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et faillite, LELP, RSF 28.1). Dans ce cadre, elle se borne à contrôler la bonne marche des organes de poursuite, à intervenir auprès ceux-ci par des instructions générales adressées sous forme de circulaires, ainsi que par des mesures spéciales tendant à l'annulation d'office d'actes de poursuites illégaux ou non appropriés aux circonstances. Elle peut également prendre des mesures disciplinaires contre un préposé ou un employé.

2. En substance, l'AFC soutient que les sociétés Z SA et Y SA sont de simples subdivisions de l'organigramme de X SA, qu'elles ne pouvaient pas échapper à la liquidation de X SA et que, partant, elles devraient être intégrées dans la liquidation de la faillite de celle-ci. Toute solution contraire, qui permet la production de créances de X SA dans les faillites de Z SA et Y SA, serait choquante, au vu de la parfaite unité administrative, logistique et financière du groupe X SA.

L'AFC se demande également comment l'administration de la faillite a fait pour défendre à la fois les intérêts des deux sociétés Z SA et Y SA et ceux de leurs créanciers, d'autant que parmi ceux-ci figurent X SA et C.

En jouant sur la dualité juridique de ses sociétés en faillite et de sa qualité de personne physique, C., qui est administrateur unique des trois sociétés et qui détient l'entier du capital-actions, touchera dans la faillite de Y SA un important dividende (estimé à 84.39 %) sur sa créance de 612'943.35 francs, ce qui est contraire à la bonne foi.

L'AFC demande donc à la Chambre d'intervenir pour corriger cette inéquité et, à tout le moins, de faire le nécessaire pour qu'il lui soit possible au moins de contester la distribution des très somptueux deniers qui seraient servis à C. Elle demande le rétablissement d'un mode de liquidation conforme à l'esprit de la loi et garantissant par conséquent l'égalité de traitement entre les créanciers de la même classe et le respect des principes de l'universalité de la faillite et de la bonne foi.

Au plan pénal, l'AFC doute que les conditions objectives des art. 147 et 163-172 CP soient remplies. Elle laisse le soin à la Chambre de dénoncer, cas échéant, les infractions au juge compétent.

3. L'AFC demande tout d'abord le rétablissement d'un mode de liquidation conforme à la loi, à savoir que les trois sociétés du groupe X fassent l'objet d'une seule liquidation de telle sorte que les créances de X SA ne puissent pas être produites dans les faillites de Z SA et de Y SA.

a) Selon la jurisprudence, la société anonyme et l'actionnaire unique, détenteur de l'entier du capital social, forment deux personnes juridiques distinctes et sont reconnus et traités comme tels, sans égard à la réalité économique (ATF 121 III 319 consid. 5a/aa). Pour des entreprises liées, la règle est aussi celle de l'indépendance de chacune des sociétés (ATF 123 III 220/SJ 1998 p. 277, consid. 4e).

aa) Le principe de la dualité juridique n'est toutefois pas absolu. Selon une jurisprudence bien établie, on ne peut pas s'en tenir sans réserve à l'existence formelle de deux personnes juridiques distinctes lorsque tout l'actif ou la quasi-totalité de l'actif d'une société anonyme appartient soit directement, soit par personnes interposées, à une même personne, physique ou morale; malgré la dualité de personnes à la forme, il n'existe pas des entités indépendantes, la société étant un simple instrument dans la main de son auteur, qui, économiquement, ne fait qu'un avec elle; on doit dès lors admettre, à certains égards, que, conformément à la réalité économique, il y a identité de personnes et que les rapports de droit liant l'une lient également l'autre (ATF 121 III 319 consid. 5a/aa p. 321). L'application du principe de la transparence (Durchgriff), qui consiste à ne pas tenir compte de l'existence juridique de la société, ne s'applique toutefois qu'à titre exceptionnel, lorsque le fait d'invoquer la diversité des sujets constitue un abus de droit ou a pour effet une atteinte manifeste à des intérêts légitimes de tiers (art. 2 al. 2 CC; ATF 121 III 319 consid. 5a/aa; 113 II 36 et les références).

bb) En matière d'exécution forcée, la réalité juridique est en principe également déterminante. Ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles qu'un tiers peut être tenu pour responsable des engagements contractés par le débiteur avec lequel il constitue une unité économique et qu'il doit, dans cette mesure, accepter que le produit de la réalisation de ses biens serve à désintéresser le créancier. Tel est le cas si l'identité économique absolue entre le débiteur et le tiers n'était d'entrée de cause ni contestable ni sérieusement contestée et que, manifestement, le débiteur se réfugie derrière la dualité juridique pour se soustraire à l'exécution forcée (ATF 108 II 213/SJ 1983 p. 73-74; 105 III 113 consid. 3; 102 III 170; 85 II 111/JdT 1960 I 21, consid. 3).

Dans ce cas, le créancier qui invoque la réalité économique et qui entend exercer ses droits non seulement contre le débiteur, mais également contre le tiers, doit introduire une poursuite contre celui-ci ou avoir obtenu un séquestre à l'encontre de celui-ci, seules procédures qui permettent à ce tiers de faire valoir pleinement ses droits (ATF 107 III 103/JdT 1983 II 66, consid. 1; 105 III 107/JdT 1982 II 25, consid. 3a; 102 III 169 consid. 12). Ainsi, notamment, si l'ordonnance de séquestre vise des biens déposés au nom de sociétés tierces en mentionnant simplement que le débiteur est l'ayant droit économique de ces sociétés, le séquestre exécuté sur ces biens n'est pas admissible et doit être annulé, le texte même de l'ordonnance ne permettant pas de retenir que les biens inscrits

au nom desdites sociétés sont considérés comme appartenant en réalité au débiteur (Cour de justice de Genève, Autorité de surveillance des offices de poursuite pour dettes et de faillite, *in* SJ 1993 p. 125).

cc) Pour que les groupes de créanciers des sociétés liées soient traités de manière égale en cas de faillite simultanée de celles-ci, plusieurs moyens ont été proposés par la doctrine, notamment réunir les masses patrimoniales et désintéresser tous les créanciers au moyen de cette masse totale (M. DENNLER, *Durchgriff im Konzern*, Thèse Zurich, Entlebuch 1984, p. 101), modifier l'art. 287 LP en étendant son application aux actes faits par un débiteur insolvable, en plus du débiteur surendetté, et en créant un nouveau cas de révocation en cas de sous-capitalisation d'une société de groupe (Konzernpauliana), instaurer la faculté de procéder à une liquidation consolidée du patrimoine de toutes ou partie des sociétés du groupe, qui pourrait être demandée par la majorité des créanciers de toutes les sociétés du groupe, ou encore créer une subordination des créances internes par rapport aux créances externes en créant une sixième classe au sens de l'art. 219 LP pour les créances internes, soit celles des sociétés du groupe entre elles (H. PETER, *L'action révocatoire dans les groupes de sociétés*, Thèse Genève 1990, p. 271 ss; PETER/BIRCHLER, *Liquidation des groupes de sociétés et consolidation*, Enseignements de la pratique récente, *in* RSDA 3/1995 p. 122 ss). Lors de la révision du droit de la LP, il a été proposé une unification administrative pour la liquidation des multiples rapports internes entre les sociétés liées, de même qu'une sorte d'action paulienne des groupes (*in* J. N. DRUEY, *Aufgaben eines Konzernrechts*, *in* RDS 1980 II 331).

Dans la LP révisée toutefois, aucune de ces propositions n'a été reprise. Les actes accomplis entre sociétés de groupe ne peuvent donc être que l'objet de révocation aux conditions générales des art. 285 à 288 LP (H.-R. SCHÜPBACH, *Droit et action révocatoire*, Bâle 1997, n. 28, 76 et 123 ad art. 285, n. 106 ad art. 287 et n. 84 ad art. 288 LP).

dd) La jurisprudence a récemment dégagé des règles de la bonne foi une responsabilité du groupe fondée sur la confiance que celui-ci inspire aux tiers appelés à entrer en relation avec l'une des sociétés du groupe (Konzernvertrauen; ATF 120 II 331/JdT 1995 I 359; 121 III 350; Tribunal fédéral *in* SJ 1998 p. 277 consid. 4e et p. 460 consid. 6a; cf. C. CHAPPUIS, *La responsabilité fondée sur la confiance*, *in* SJ 1997 p. 165 ss). Comme la théorie de la transparence, cette responsabilité n'entre en ligne de compte que dans des cas exceptionnels, la simple

existence d'un rapport de groupe ne constituant pas le fondement d'une responsabilité sur la confiance (ATF précités).

Considérant que ces deux moyens sont insuffisants à résoudre le problème posé par les sociétés de groupe, PETER ET BIRCHLER ont proposé de traiter les groupes de sociétés comme des sociétés simples au sens de l'art. 530 al. 1 CO et, partant, d'admettre que les différentes sociétés membres du groupe sont solidairement responsables des actes juridiques accomplis au nom et pour le compte du groupe (PETER/BIRCHLER, Les groupes de sociétés sont des sociétés simples, *in* RDSA 3/98 p. 113 ss). En matière de faillite, cette solidarité signifie que chaque créancier peut s'adresser, à son choix, à une des sociétés du groupe ou à plusieurs, voire à toutes. Si tous les créanciers du groupe font valoir leurs prétentions à l'égard de toutes les sociétés du groupe, le résultat obtenu d'un point de vue économique sera le même que si l'on avait procédé à la liquidation consolidée du groupe. Cette solution, qui est la seule raisonnable ou équitable en cas de faillites de groupe, est appliquée par la jurisprudence américaine notamment (PETER/BIRCHLER, p. 123-124).

b) En l'espèce, l'AFC a produit des créances distinctes dans chacune des faillites des sociétés du groupe, soit de 455'601.84 francs dans la faillite de X SA, de 25'418.85 francs dans la faillite de Z SA et de 11'656.10 francs dans la faillite de Y SA. Elle n'a pas fait valoir sa créance de 455'601.84 francs également dans les faillites de Z SA et de Y SA. Si elle l'avait fait, elle aurait pu contester l'éventuel refus d'admission de ses créances à l'état de collocation (art. 250 al. 1 LP) et, partant, le juge civil aurait pu examiner s'il y avait lieu à application du principe de la transparence en raison de l'unité économique prétendue de la société X SA et de ces deux sociétés. Il n'appartient pas à la Chambre des poursuites et des faillites en tant qu'autorité de surveillance de pallier les carences de l'AFC, ni de se substituer au juge civil dans l'examen de l'application du principe de la transparence en l'espèce, voire de la responsabilité solidaire des différentes sociétés du groupe comme sociétés simples, comme l'ont proposé certains auteurs.

Quant à la demande de l'AFC tendant à ce que les trois sociétés fassent l'objet d'une seule liquidation, elle doit être rejetée, la LP révisée ne prévoyant pas la possibilité de la liquidation consolidée qu'avait proposée la doctrine.

L'AFC n'ayant pas contesté la collocation des créances de X SA de 595'127.05 francs dans la faillite de Z SA et de 2'030'206.60 francs

dans celle de Y SA en ouvrant des actions en contestation des états de collocation (art. 250 al. 2 LP), le fait que ces créances figurent aux états de collocation est conforme à la LP.

Il n'appartient pas à l'autorité de surveillance d'examiner si les conditions d'une action en révocation au sens des art. 285 à 288 LP seraient réalisées.

4. En vertu des art. 244 à 249 LP, l'administration de la masse examine les productions, fait les vérifications nécessaires et dresse l'état de collocation, dont elle avise les créanciers. Selon l'art. 250 al. 2 LP, il appartient au créancier de saisir le juge civil d'une action en contestation de l'état de collocation s'il conteste une créance ou le rang auquel elle a été colloquée. L'admission d'une créance contestée à l'état de collocation ressortit donc à la compétence du juge civil.

L'AFC n'a pas contesté devant le juge civil les créances de X SA admises aux états de collocation dressés par l'office.

L'AFC n'a pas non plus contesté la collocation des créances de C. dans les faillites de Y SA et de X SA.

Il n'appartient pas à l'autorité de surveillance de pallier les carences de l'AFC, ni de se substituer au juge civil.

Il y a lieu de relever enfin que l'AFC n'a pas demandé la cession des droits de la masse contre les organes de la société, cession qui a été offerte lors de la deuxième assemblée des créanciers le 1^{er} juillet 1997.

5. Pour le surplus, il sied de préciser que l'Office des faillites et l'administration spéciale ne sont pas responsables des actes auxquels il a été procédé avant l'ouverture de la faillite, respectivement l'ajournement de la faillite.

Dans sa lettre du 4 septembre 1998, M. SA atteste qu'aucun transfert de fonds ou de créances entre les diverses sociétés concernant les avoirs de C. n'a eu lieu depuis son intervention comme curateur de la société X SA. L'AFC ne prétend pas le contraire.

6. En l'état, comme l'AFC le précise dans son courrier du 31 août 1998, aucun élément n'impose une dénonciation au juge pénal.