Urteilskopf

121 III 191

40. Extrait de l'arrêt de la IIe Cour civile du 31 mai 1995 dans la cause A. SA contre F. (recours en réforme)
Regeste (de):
Art. 303 Abs. 2 SchKG; Obliegenheiten des Gläubigers, der dem Nachlassvertrag zugestimmt hat, bezüglich der Mitschuldner des Schuldners.

Sinn und Zweck von Art. 303 Abs. 2 SchKG und Begriff des Mitschuldners (E. 2).

Wenn ein erstes Gesuch um einen Nachlassvertrag zurückgezogen worden ist, so muss der Gläubiger, der dem zweiten Nachlassvertrag zustimmt, die Abtretung seiner Rechte dem Mitschuldner gegen Bezahlung offerieren, unbekümmert der Haltung, die der Gläubiger während des ersten Nachlassverfahrens eingenommen hat (E. 3).

Der Gläubiger, der es unterlassen hat, entsprechend dem Art. 303 Abs. 2 SchKG vorzugehen, verliert alle seine Rechte gegenüber dem Mitschuldner; er behält seine Rechte auf die Nachlassdividende nur, wenn diese nicht vom Schuldner bezahlt worden ist (E. 4).

Regeste (fr):
Art. 303 al. 2 LP; incombances du créancier qui a adhéré au concordat à l'égard des coobligés du débiteur.

Ratio legis de l'art. 303 al. 2 LP et notion de coobligé (consid. 2).

Lorsqu'une première demande de concordat a été retirée, le créancier qui adhère au second concordat doit offrir au coobligé la cession de ses droits contre paiement, quelle que soit l'attitude qu'avait adoptée ce créancier lors de la première procédure concordataire (consid. 3).

Le créancier qui a omis de procéder conformément à l'art. 303 al. 2 LP perd tous ses droits contre le coobligé; il ne conserve à son égard ses droits sur le dividende concordataire que si celui-ci n'a pas été payé par le débiteur (consid. 4).

Regesto (it):
Art. 303 cpv. 2 LEF; incombenze del creditore che ha aderito a un concordato nei confronti di un coobbligato del debitore.

Ratio legis dell'art. 303 cpv. 2 LEF e nozione di coobbligato (consid. 2).

Allorquando una prima domanda di concordato è stata ritirata, il creditore che ha aderito al secondo concordato deve offrire al coobbligato la cessione dei propri diritti contro pagamento, e ciò indipendentemente dal comportamento di tale creditore in occasione della prima procedura concordataria (consid. 3).

Il creditore che ha omesso di procedere conformemente all'art. 303 cpv. 2 LEF perde tutti i suoi diritti contro il coobbligato; nei confronti di quest'ultimo, egli conserva i diritti sul dividendo concordatario solo se lo stesso non è stato pagato dal debitore (consid. 4).

Sachverhalt ab Seite 192

BGE 121 III 191 S. 192

A.- F. et S., tous deux architectes, se sont associés sous la forme d'une société simple pour construire six villas contiguës sur les parcelles dont ils sont propriétaires. Le 8 mars 1988, ils ont conclu, en qualité de maîtres de l'ouvrage, un contrat d'entreprise avec A. SA, portant sur la fourniture et la pose d'installations de chauffage dans lesdites villas; ce contrat prévoyait un prix forfaitaire global de 120'000 fr., à savoir 20'000 fr. par maison, payable "net à l'entrée en possession de l'acheteur". A. SA a exécuté les travaux convenus et adressé ses factures aux maîtres de l'ouvrage en 1988 et 1989. Le premier versement, correspondant à la vente de la première villa, est intervenu en juin 1988; pour les travaux relatifs aux cinq autres, elle n'a reçu qu'un acompte de 10'000 fr. en mai 1990.

B.- a) Le 5 août 1992, S. a déposé une requête de sursis concordataire, qui lui a été accordé le 14 septembre suivant. Le 24 septembre 1992, A. SA a produit sa créance, que le commissaire au sursis a admise en plein à concurrence de 91'891 fr. 65. Le requérant a toutefois retiré sa demande de concordat en raison de l'opposition du principal créancier. S. a introduit une nouvelle procédure concordataire, qui a abouti. La créance annoncée précédemment par A. SA a été intégralement admise; cette dernière a signé sans réserve le bulletin d'adhésion au concordat et reçu, la somme de 14'978 fr. 35, correspondant à un dividende de 16,30%. b) Entre-temps, à savoir le 14 novembre 1992, A. SA a fait notifier à F. un commandement de payer les sommes de 10'000 fr. plus intérêts à 7% dès le 25 juillet 1990, 20'000 fr. plus intérêts à 7,5% dès le 1er juillet 1992 et 60'000 fr. avec intérêts à 7,5% dès le 5 août 1992, auquel le poursuivi a fait opposition totale. Le 11 janvier 1993, A. SA a ouvert action contre F. en paiement des montants précités. Dans un mémoire sur fait nouveau du 18 juin 1993, provoqué par l'adhésion de la demanderesse au concordat obtenu par S., le défendeur a soulevé le moyen tiré de l'art. 303 al. 2 LP.

C.- Par jugement du 13 janvier 1994, le Tribunal de première instance de Genève a admis l'action, sous imputation du dividende concordataire. Statuant le 16 septembre 1994 sur appel du défendeur, la Cour de justice a débouté la demanderesse de ses conclusions.

BGE 121 III 191 S. 193

D.- A. SA exerce un recours en réforme contre cet arrêt, en reprenant ses conclusions en paiement. Le Tribunal fédéral a rejeté le recours et confirmé l'arrêt entrepris.

Erwägungen

Extrait des considérants:

2. Aux termes de l'art. 303 al. 2 LP, le créancier qui, comme en l'espèce, adhère au concordat conserve tous ses droits contre les coobligés, cautions et garants du débiteur, pourvu qu'il les ait informés, au moins dix jours à l'avance, du jour et du lieu de l'assemblée des créanciers, en leur offrant de leur céder ses droits contre paiement. Cette disposition vise à protéger le coobligé. Le législateur a considéré qu'il serait injuste que le créancier n'adhère au concordat que parce qu'il peut s'en prendre au coobligé pour l'entier de la dette, alors que ce dernier, ne pouvant exercer son recours contre le débiteur qu'à concurrence du dividende concordataire, supporte le montant remis. Il serait ainsi facile pour le créancier d'accepter le concordat aux dépens du coobligé et de lui imposer un sacrifice qu'il n'aurait pas consenti lui-même. La réglementation légale - qui sur ce point n'est

pas touchée par la révision (FF 1994 V 1046) - n'a dès lors rien d'inéquitable pour le créancier, dont on attend seulement qu'il offre, en temps voulu, la cession de ses droits à celui qui, en fin de compte, assume définitivement le découvert FRITZSCHE/ WALDER, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, vol. II, 3e éd., § 75 no 14; KELLER, Der Nachlassvertrag ausser Concurs, thèse Zurich 1891, p. 109/110; SCHWYZER, Der gerichtlich bestätigte Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung ausser Konkurs, insbesondere nach schweizerischem Recht, thèse Bonn 1930, p. 83/84; contra: PASCHOUD, Le concordat préventif de la faillite, thèse Lausanne 1905, p. 160/161).
Par coobligés, il faut entendre "tous les débiteurs qui, soit les uns à côté des autres, soit les uns après les autres, répondent entièrement de la même dette" (GILLIÉRON, SAS 1985 p. 84 ch. 3 et les références; cf. ad art. 217 LP: ATF 60 III 215). En font notamment partie les associés d'une société simple qui ont assumé un engagement à l'égard d'un tiers (art. 544 al. 3 CO; GILLIÉRON, Mélanges Engel, p. 90 n. 76 et les références; mais non les associés d'une société en nom collectif ou en commandite: ATF 109 III 128 consid. 1 p. 129, critiqué par GILLIÉRON, SAS 1985 p. 83 ss). C'est dès lors à juste titre que la Cour de justice a admis la qualité de

coobligé du défendeur; ce point n'est, du reste, pas contesté par les parties.

3. Comme l'a retenu implicitement la Cour de justice, les conditions auxquelles l'art. 303 al. 2 LP subordonne la sauvegarde des droits du créancier adhérant à l'égard du coobligé sont cumulatives (cf. MUNZ, Regressrechte insbesondere nach dem Bundesgesetz betr. Schuldbetreibung und Konkurs, thèse Zurich 1942, p. 170). En l'espèce, il est établi que la demanderesse n'a pas informé le défendeur, au moins dix jours à l'avance, du jour et du lieu de l'assemblée des créanciers. La cour cantonale a toutefois constaté (art. 63 al. 2 OJ) que le défendeur, "soit par ses démarches directes dans la réalisation du concordat de S., soit par le fait que lui et S. avaient mandaté des avocats de la même étude, avait été régulièrement informé de la procédure concordataire et de ses modalités"; elle en a conclu que la première condition de l'art. 303 al. 2 LP était remplie, ce qui est conforme à la jurisprudence et à la doctrine (ATF 59 III 142 consid. 2 in fine p. 147; BECK, Das neue Bürgschaftsrecht, n. 27 in fine ad art. 502 CO; JAEGER/DAENIKER, Schuldbetreibungs- und Konkurs-Praxis, n. 6 ad art. 303 LP; MUNZ, op.cit., p. 171; cf. aussi ATF 31 II 96 consid. 5 p. 102 et les doutes émis par SCHWYZER, op.cit., p. 84 n. 70). Les juges d'appel ont, en revanche, considéré que l'envoi d'un commandement de payer, suivi d'une action au fond, ne saurait être assimilé à une offre de cession des droits contre paiement; à leur avis, le créancier ne conserve ses droits à l'égard du coobligé "que s'il lui a formellement et clairement offert de lui céder ceux-ci". a) L'argument tiré du caractère "impératif et formaliste" du droit des poursuites n'est pas pertinent. D'une part, il est admis que l'art. 303 al. 2 LP est de droit dispositif (BECK, OP.CIT., N. 28 AD ART. 502 CO; SCHWYZER, op.cit., p. 84 in fine; BlSchK 1942 p. 27); le coobligé peut donc renoncer à l'avis et à l'offre de cession (JAEGER, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, n. 6 ad art. 303 LP), ou déclarer par avance au créancier que, nonobstant son adhésion, il continuera à répondre du solde non couvert par le dividende concordataire (BlSchK 1942 p. 26 ss). D'autre part, l'offre de cession n'a pas besoin d'être formelle; c'est ainsi que le Tribunal fédéral a jugé que la lettre par laquelle le créancier informe la caution qu'il lui réclamera la somme garantie, et l'invite par conséquent à intervenir pour ce montant dans la procédure concordataire, constitue une offre de cession selon l'art. 303 al. 2 LP (ATF 59 III 142 consid. 2 p. 146; JAEGER/DAENIKER, op.cit., n. 6 ad art. 303 LP).

b) La demanderesse se fonde sur un arrêt lucernois, d'après lequel une mise en demeure vaut comme offre de cession des droits au sens de l'art. 303 al. 2 LP, pour le motif que, par son paiement, le débiteur solidaire est subrogé de par la loi dans les droits du créancier contre le débiteur concordataire en vertu des art. 148 al. 2 et 149 al. 1 CO (ZBJV 1971 p. 234/235; approuvé par GANAHL, Entscheidungskriterien für die Wahl und die Bestätigung eines Nachlassvertrages gemäss SchKG, thèse Zurich 1978, p. 111 n. 105). Cette opinion paraît discutable, en tant qu'elle confond l'offre de cession, qui peut découler de l'invitation faite au coobligé de produire la créance dans le concordat pour y recevoir un dividende (ATF 59 III 142 consid. 2 p. 146), et les effets d'un paiement du coobligé, lesquels ne sont que la conséquence de cette offre. En outre, comme le coobligé qui ne dispose d'aucun recours contre le débiteur concordataire ne peut pas se prévaloir de l'art. 303 al. 2 LP (BlZR 1926 no 96; JAEGER/DAENIKER, op.cit., n. 3 ad art. 303 LP; MUNZ, op.cit., p. 171; SCHWYZER, op.cit., p. 84), il faudrait en conclure qu'une simple mise en demeure ne serait insuffisante qu'à l'égard d'un débiteur imparfaitement solidaire, qui ne bénéficie pas de la subrogation (ATF 115 II 42 consid. 2a p. 48; VON TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, vol. II, 3e éd., § 90 IX 3); or, cette distinction ne trouve aucun appui dans le texte légal. Mais il n'y a pas lieu d'examiner cette question plus à fond; le recours doit être en effet rejeté pour un autre motif. c) Il ressort des faits constatés par le Tribunal de première instance, auxquels renvoie la Cour de justice, que la demanderesse a produit sa créance le 24 septembre 1992 dans la première procédure concordataire introduite par l'associé du défendeur, et fait notifier le 14 novembre 1992 un commandement de payer à ce dernier. Un second sursis concordataire a été accordé le 29 mars 1993; le commissaire au sursis a fait paraître dans la Feuille des avis officiels du 14 avril 1993 un appel aux créanciers, les invitant à une assemblée le 17 mai suivant. La demanderesse a accepté le concordat proposé en renvoyant le bulletin d'adhésion signé le 19 mai 1993, et reçu son dividende le 25 août 1993. Il résulte de ces faits que la notification du commandement de payer, à laquelle la demanderesse attribue les effets d'une offre de cession de ses droits, est intervenue au moment de la première procédure concordataire. Cette demande de concordat ayant été retirée par la suite, la question de l'application de l'art. 303 al. 2 LP ne se posait plus; dans cette hypothèse, le créancier conserve en effet tous ses droits à l'égard du

coobligé, même si, en adhérant au concordat, il n'avait pas procédé conformément à la disposition précitée (SJ 1941 p. 599 ss, confirmé le 11 septembre 1941 par la IIe Section civile du Tribunal fédéral, dans la cause Cottier c. Banque genevoise de commerce et de crédit SA; JAEGER/DAENIKER, op.cit., n. 4 ad art. 303 LP). Aussi bien, voulût-on qualifier ladite notification d'offre de cession (implicite), qu'elle ne pouvait de toute manière pas y être assimilée dans le cadre de la seconde procédure concordataire de l'associé du défendeur; il appartenait au contraire à la demanderesse de réitérer son offre. Dès l'instant où une première demande de concordat est retirée, le comportement, quel qu'il soit, qu'avait adopté le créancier n'est plus déterminant pour la seconde procédure: le créancier qui a adhéré à un premier concordat, en négligeant d'agir selon l'art. 303 al. 2 LP, ne saurait ainsi se voir objecter cette omission à l'occasion d'un second concordat, auquel il peut refuser de souscrire sans perdre ses droits contre le coobligé; à l'inverse, le créancier qui a refusé une première proposition concordataire ne peut se prévaloir de son refus initial pour pallier à l'inobservation des incombances légales dans le nouveau concordat qu'il a accepté. Or, en l'espèce, aucune offre de cession des droits n'est intervenue dans le cadre du second concordat - qui a abouti - présenté par l'associé du défendeur; la demanderesse ne le soutient d'ailleurs pas. d) C'est à tort que la demanderesse fait valoir qu'une offre de cession de ses droits n'avait aucun sens à l'égard d'un coobligé qui contestait devoir le montant réclamé. Lorsque la loi impose des incombances au titulaire d'un droit, ce dernier est tenu de les respecter quelle que soit l'attitude du débiteur de la prestation. On ne saurait dès lors restreindre la nécessité d'offrir la cession des droits à la seule hypothèse où le coobligé reconnaît sa dette envers le créancier qui a adhéré au concordat; rien dans le texte légal ne corrobore cette distinction. Le moyen subsidiaire tiré de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC) est également mal fondé. La demanderesse était représentée par un avocat lors des procédures concordataires successives de l'associé du défendeur et pouvait ainsi sauvegarder efficacement ses droits à l'encontre de celui-ci; elle ne saurait donc

suppléer à sa négligence par le recours à l'abus de droit. Le défendeur, quant à lui, a invoqué l'inobservation de l'art. 303 al. 2 LP, alors que l'action au fond avait déjà été introduite, dans une écriture sur fait nouveau du 18 juin 1993, à savoir dès qu'il a eu connaissance de l'adhésion de la demanderesse; il n'y a là aucune attitude contraire aux règles de la bonne foi. Enfin, peu importe que l'absence d'offre de cession n'ait causé

aucun dommage au coobligé (BECK, op.cit., n. 28 ad art. 502 CO; BLUMENSTEIN, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, p. 911/912 et n. 40; contra: JAEGER, op.cit., n. 5 ad art. 303 LP; cf., à propos de l'art. 510 al. 3 CO, l'arrêt de la Ie Cour civile du Tribunal fédéral, dans la cause Crédit Français International c. Société de Banque Suisse, in SJ 1988 p. 641 ss, spéc. 645, qui a considéré, en accord avec la doctrine unanime, que la carence du créancier entraîne la péremption de ses droits contre la caution, même si le retard n'a entraîné aucun dommage pour cette dernière).

4. Le créancier qui a omis de procéder selon l'art. 303 al. 2 LP perd tous ses droits contre le coobligé; il ne subsiste pas même une obligation naturelle (JAEGER, op.cit., n. 6 ad art. 303 LP). Se référant à un arrêt bernois (ZBJV 1935 p. 728 ss), plusieurs auteurs affirment que la déchéance ne frappe toutefois que la partie de la créance remise par le concordat, le créancier conservant en revanche ses droits sur le dividende concordataire (BECK, op.cit., n. 28 ad art. 502 CO; JAEGER/DAENIKER, op.cit., n. 4 ad art. 303 LP; MUNZ, op.cit., p. 172; GLARNER, Das Nachlassvertragsrecht nach schweizerischem SchKG, p. 23). Cette affirmation est imprécise. La décision susmentionnée - bien que cela ne ressorte pas clairement du texte - ne vise en réalité que l'hypothèse où le dividende promis n'a pas été payé par le débiteur. Mais lorsque, comme en l'espèce, ce dernier s'en est acquitté, le coobligé ne peut plus être recherché pour ce montant (JAEGER, op.cit., n. 2 ad art. 303 LP; SCHWYZER, op.cit., p. 86; LERCH/TUASON, Die Bürgschaft im schweizerischen Recht, p. 118 let. g).