Urteilskopf

123 III 60

9. Extrait de l'arrêt de la Ire Cour civile du 4 février 1997 dans la cause X. S.A. contre Y. en liquidation concordataire (recours en réforme)
Regeste (de):
Bank in Nachlassliquidation - Prüfung der Aktivlegitimation bei fiduziarischen Abtretungen (Art. 164 Abs. 1 OR, Art. 20 Abs. 1 OR).

Nichtigkeit von Abtretungen, mit denen einzelne Gesellschaftsgläubiger der Bank in Nachlassliquidation ihre Schadenersatzforderungen gegen die Bankenrevisionsstelle im Sinne von Art. 18 ff. BankG zum Zweck abtreten, diese auf Kosten der Masse und zugunsten der Gläubigergesamtheit gerichtlich geltend zu machen (E. 3-5).

Regeste (fr):
Banque en liquidation concordataire - examen de la qualité pour agir sur la base de cessions fiduciaires (art. 164 al. 1 CO, art. 20 al. 1 CO).

Sont nulles les cessions par lesquelles quelques créanciers sociaux transfèrent à la banque en liquidation concordataire leurs prétentions en dommages-intérêts contre les reviseurs bancaires au sens des art. 18 ss LB, afin qu'elle les fasse valoir en justice aux frais de la masse et au bénéfice de l'ensemble des créanciers (consid. 3-5).

Regesto (it):
Banca in liquidazione concordataria - esame della legittimazione attiva sulla base di cessioni fiduciarie (art. 164 cpv. 1 CO, art. 20 cpv. 1 CO).

Sono nulle le cessioni mediante le quali alcuni creditori della società trasferiscono alla banca in liquidazione concordataria le loro pretese di risarcimento danni contro i revisori bancari ai sensi degli art. 18 segg. LBCR, affinché essa le faccia valere giudizialmente a spese della massa e a favore dell'insieme dei creditori (consid. 3-5).

Sachverhalt ab Seite 60

A.- Par jugement du 23 novembre 1978, la Cour de justice du canton de Genève a homologué le concordat par abandon d'actif de la banque Y., société en commandite. L'état de collocation a été déposé le 1er mars 1982. Le 27 avril 1982, les liquidateurs de la banque ont fait paraître, dans la Feuille d'avis officielle du canton de Genève, un avis qui comportait le passage suivant: "D'autre part, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (notamment ATF 106 Ib 357 ss), certaines actions contre des tiers éventuellement responsables du dommage subi par les créanciers (...) ne peuvent être

intentées par les liquidateurs agissant ès qualités, mais par les créanciers eux-mêmes. Afin d'éviter une dispersion stérile des forces et une impossibilité pratique de mener des pourparlers constructifs, les créanciers sont invités à céder formellement leurs droits éventuels aux liquidateurs d'ici le 7 mai 1982 pour que ceux-ci les fassent valoir au nom de la masse et à ses frais. A défaut de cession, il appartiendra aux créanciers de prendre toutes mesures qu'ils jugeraient opportunes pour interrompre une éventuelle prescription." Vingt-cinq créanciers ont cédé à la société en liquidation concordataire leurs prétentions en dommages-intérêts à l'encontre, notamment, de la fiduciaire X. S.A., institution chargée de la revision au sens des art. 18 ss de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (LB; RS 952.0). Chaque créance cédée correspondait au montant de la production effectuée par son titulaire dans la liquidation concordataire, sous déduction du dividende à verser.

B.- Le 15 juin 1987, Y. en liquidation concordataire, agissant en qualité de cessionnaire, a assigné X. S.A. en paiement de 17'128'646 fr.85 plus intérêts, représentant le dommage subi par les vingt-cinq créanciers cédants si le dividende concordataire était de 50%. Par la suite, la demanderesse a réduit ses conclusions à 5'840'810 fr.65, les créanciers cédants n'étant plus que onze et le dividende ayant été porté à 58%. Par jugement du 10 mai 1990, le Tribunal de première instance du canton de Genève a déclaré l'action irrecevable pour cause de prescription. Le 15 août 1991, le Tribunal fédéral a confirmé l'arrêt de la Cour de justice qui annulait le jugement de première instance, déboutait la défenderesse des fins de son exception de prescription et renvoyait la cause au juge précédent pour instruction et jugement sur le fond. Statuant à nouveau le 15 décembre 1994, le Tribunal de première instance a condamné la défenderesse à payer à la demanderesse la somme de 13'906'962 fr. plus intérêts, sous imputation de plusieurs montants totalisant 9'456'550 fr.55. Saisie d'un appel de la défenderesse, la Chambre civile de la Cour de justice a confirmé le jugement entrepris dans un arrêt du 1er mars 1996.

C.- X. S.A. interjette un recours en réforme au Tribunal fédéral. Elle demande, principalement, le renvoi de la cause à l'autorité cantonale pour instruction et nouvelle décision dans le sens des considérants; subsidiairement, elle conclut à l'irrecevabilité de la demande et, encore plus subsidiairement, à son rejet.

Y. en liquidation concordataire propose le rejet du recours. X. S.A. a également déposé un recours de droit public contre la même décision.

Erwägungen

Extrait des considérants:

3. a) La qualité pour agir (ou légitimation active) est une question de droit matériel; elle relève par conséquent du droit privé fédéral dans les actions soumises à ce droit (ATF 121 III 118 consid. 3 p. 121; ATF 116 II 253 consid. 3). Il appartient au demandeur de prouver les faits desquels il tire sa qualité pour agir (KUMMER, Berner Kommentar, n. 146 ad art. 8 CC). En l'espèce, la demanderesse a établi être au bénéfice de cessions de créances. b) Aux termes de l'art. 164 al. 1 CO, le créancier peut céder son droit à un tiers sans le consentement du débiteur, à moins que la cession ne soit interdite par la loi, la convention ou la nature de l'affaire. En principe, la cession d'une prétention incessible n'est pas valable et demeure sans effet. En particulier, si l'incessibilité résulte d'une interdiction légale, la cession est illicite et, conformément à l'art. 20 CO, nulle; en pareil cas, le juge doit prendre d'office en considération l'invalidité de la cession (GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, tome II, 6e éd., n. 3565, p. 294; SPIRIG, Zürcher Kommentar, n. 183 et 184 ad art. 164 CO). Il y a dès lors lieu d'examiner si la demanderesse peut se prévaloir de cessions valables et,

partant, si elle a qualité pour agir dans la présente affaire.

4. a) Selon l'arrêt publié aux ATF 106 Ib 357, la banque en liquidation concordataire n'a pas la qualité pour agir en réparation du dommage subi par les créanciers à la suite d'une surveillance déficiente de la Commission fédérale des banques. En d'autres termes, de telles prétentions en dommages-intérêts envers un tiers ne font pas partie de la masse à liquider; ce sont les créanciers, à qui elles appartiennent en propre, qui doivent les exercer, par l'intermédiaire ou non d'un mandataire commun (consid. 3 p. 364 ss). Invoquant cette jurisprudence, les liquidateurs de la demanderesse ont proposé aux créanciers de la banque de céder à la société en liquidation concordataire leurs droits envers les reviseurs bancaires, de faire le procès aux frais de la masse et d'incorporer à celle-ci, au bénéfice de tous les créanciers, les dommages-intérêts éventuels auxquels les reviseurs seraient condamnés. Seule une partie des créanciers a cédé ses prétentions à la demanderesse.

b) Dans un précédent arrêt rendu dans le procès opposant les parties, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser que les reviseurs bancaires, qui ne sont pas un organe de la banque, n'encourent pas, envers les créanciers sociaux, une responsabilité fondée sur les art. 41 ss LB, mais sur l'art. 41 CO (ATF 117 II 315 consid. 4b p. 317 et consid. 4d p. 318). Dès lors que les prétentions en dommages-intérêts des créanciers sociaux envers les reviseurs bancaires sont des créances contre un tiers, la référence à l' ATF 106 Ib 357 est pertinente. c) Les créanciers ont transféré à la demanderesse, sans réserve et en plein, leurs droits envers la défenderesse; les parties à la cession ont toutefois convenu parallèlement que les éventuels montants retirés de l'action en dommages-intérêts seraient affectés à la masse et profiteraient à l'ensemble des créanciers. Ces cessions n'ont pas été effectuées à fin d'encaissement. En effet, les créanciers cédants ne sont pas censés recouvrer entièrement le montant de la prétention cédée; le cas échéant, ils n'en récupéreront indirectement qu'une partie, à travers la répartition des biens de la masse. Il s'agit néanmoins bel et bien de cessions fiduciaires, puisque les parties ont prévu que les prétentions seraient exercées d'une manière déterminée; en effet, la demanderesse ne pourrait, par exemple, céder à son tour les créances à des tiers (cf. ATF 71 II 99 consid. 2 p. 100 pour un transfert de propriété à titre fiduciaire; GIRSBERGER, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bâle, 2e éd., n. 44 ad art. 164 CO; SPIRIG, op.cit., n. 118 et 119 ad Vorbemerkungen zu Art. 164-174 OR; ALAÏ, La cession des créances en droit suisse, thèse Genève 1966, p. 63-64). Au contraire de la cession simulée, la cession fiduciaire est en principe valable (ATF 87 II 203 consid. 2b p. 206; ATF 58 II 162 consid. 2 p. 165). Elle est nulle si elle tombe sous le coup d'une interdiction légale; tel est le cas lorsqu'elle constitue une fraude à la loi, c'est-à-dire que le but poursuivi par la cession est contraire au droit (ATF 50 II 150 consid. 5). Ainsi, le Tribunal fédéral a constaté la nullité d'une cession d'une créance litigieuse à une personne dépourvue de l'autorisation cantonale d'exercer la profession d'avocat, ce détour devant lui permettre de représenter professionnellement le cédant devant la justice, en violation du monopole des avocats (ATF 87 II 203 consid. 2b). De même, est nulle la cession de prétentions salariales à un syndicat, lorsqu'elle tend à éluder une règle de procédure cantonale relative à la représentation devant la juridiction des prud'hommes (arrêt non publié du 29 avril 1991 dans la cause

4C.39/1989, consid. 4, reproduit in SJ 1993, p. 373; autres exemples in SPIRIG, op.cit., n. 127 ad art. 164 CO). En l'espèce, par l'avis aux créanciers du 27 avril 1982, la demanderesse cherchait à contourner la jurisprudence publiée aux ATF 106 Ib 357, en exerçant malgré tout elle-même, grâce aux cessions, les droits des créanciers envers un tiers considéré comme l'un des responsables de la déconfiture de la banque. Cet objectif n'a toutefois été que partiellement atteint puisque seule une partie des créanciers a cédé ses prétentions à la

banque en liquidation concordataire, afin que celle-ci les fasse valoir lors de pourparlers transactionnels, puis en justice. Il convient dès lors d'examiner si le résultat obtenu par le biais de la cession - une action contre les reviseurs bancaires introduite au nom et aux frais de la masse, cessionnaire des prétentions de certains créanciers - est prohibé ou non par la loi.

5. a) Au préalable, il faut observer que l'hypothèse de la cession n'est pas envisagée dans l'arrêt précité. A cette occasion, le Tribunal fédéral a simplement fait remarquer que les liquidateurs ne pouvaient se prévaloir d'aucune procuration qui leur aurait été conférée par les créanciers pour agir contre la Confédération suisse en réparation du dommage éventuel causé par la Commission fédérale des banques (ATF 106 Ib 357 consid. 3d p. 368). Plus loin, il a précisé que l'action aurait dû être intentée par un mandataire commun, au nom et pour le compte des créanciers décidés à agir, après avoir reçu les informations nécessaires de la part des liquidateurs (même arrêt consid. 3d p. 369). Contrairement à ce que la cour cantonale affirme dans l'arrêt attaqué, le Tribunal fédéral ne s'est donc pas prononcé expressément en faveur de l'admissibilité de la cession dans un cas de ce genre. b) Dans un concordat par abandon d'actif, la tâche des liquidateurs est d'accomplir tous les actes nécessaires à la conservation et à la réalisation de la masse ainsi que de représenter celle-ci en justice (art. 316d al. 3 LP). Selon l'art. 27 de l'ordonnance du Tribunal fédéral concernant la procédure de concordat pour les banques et les caisses d'épargne (OCBC; RS 952.831), les liquidateurs - agissant sous la raison de la banque débitrice, avec l'adjonction "en liquidation concordataire" - ont notamment les attributions conférées par l'art. 585 al. 1 et 2 CO aux liquidateurs d'une société en nom collectif ou d'une société en commandite (cf. art. 619 al. 1 CO) et par l'art. 240 LP à l'administration de la faillite. Ces compétences consistent à gérer la masse en liquidation, en terminant les affaires courantes, en exécutant les engagements, en faisant rentrer les créances

de la société, en représentant la société pour les actes juridiques impliqués par la liquidation; les liquidateurs doivent également déterminer la masse en liquidation et les créanciers participants, puis réaliser et répartir l'actif abandonné aux créanciers (BODMER/KLEINER/LUTZ, Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, n. 92 ad art. 36-37 LB). La masse active à liquider est composée tout d'abord de tous les biens appartenant à la banque et concernés par le concordat, tels qu'ils existent au moment de l'homologation (BODMER/KLEINERT/LUTZ, op.cit., n. 102 ad art. 36-37 LB; GILLIÉRON, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 3e éd., p. 447-448). Il s'ensuit que la société en liquidation ne saurait, en principe, faire valoir en justice plus de droits que la banque n'en avait elle-même (ATF ATF 106 Ib 357 consid. 3c p. 368). La loi a toutefois institué des exceptions, autorisant les liquidateurs à faire valoir des prétentions qui n'appartiennent pas à la société en liquidation, mais aux créanciers. Il en va ainsi de l'action en réparation du dommage indirect causé aux créanciers sociaux par les organes de la banque (art. 43 al. 3 LB; ATF 106 Ib 357 consid. 3d p. 368; GILLIÉRON, op.cit., p. 448). En l'espèce, la question est de savoir si une cession fiduciaire peut suppléer l'absence d'une disposition légale expresse, en englobant dans la masse à liquider des prétentions de créanciers contre un tiers, fût-il l'institution de revision bancaire. A ce propos, on peut se demander, de manière générale, s'il se justifie, eu égard au but de la liquidation concordataire, de permettre que la masse active soit ainsi gonflée de créances qui n'appartiennent pas à l'origine à la banque débitrice. Selon un "obiter dictum" de l' ATF 106 Ib 357, le concordat ne peut faire tomber dans la masse les droits des créanciers contre des tiers, sauf accord de tous les créanciers (consid. 3c p. 368). A première vue, une cession serait ainsi admissible pour autant que l'ensemble des créanciers sociaux y consente. Tel n'est toutefois pas le cas en l'occurrence puisque le procès conduit au nom et aux frais de la masse porte sur les prétentions cédées par onze créanciers seulement. c) Une telle situation n'est-elle pas propre à heurter le principe fondamental de l'égalité des créanciers qui s'applique également en matière de concordat bancaire (ATF 111 III 86 consid. 2b p. 88; ATF 105 III 92 consid. 2b p. 95)? Selon ce principe, les créanciers ont un droit égal à être désintéressés sur le produit de la réalisation, à moins qu'il n'y ait entre eux des causes légitimes de préférence (ATF 105 III 92 consid. 2a p. 94) ou qu'une exception se justifie au regard du principe

de l'économie des frais et de l'allégement de la procédure (ATF 111 III 86 consid. 2b p. 88); de manière plus large, les liquidateurs ne sauraient, sans motifs légitimes, favoriser certains créanciers au détriment des autres. A cet égard, il est indéniable que la cession de prétentions litigieuses à la masse par une partie des créanciers crée une inégalité entre ceux-ci quelle que soit l'issue du procès. D'une part, si l'action en dommages-intérêts est rejetée, les frais de la procédure sont assumés par la masse et, par conséquent, répartis indirectement sur l'ensemble des créanciers; la situation des créanciers qui n'ont pas voulu céder leur créance est ainsi moins favorable que si aucune cession n'avait eu lieu. D'autre part, si l'action est admise, le gain du procès entre dans la masse et profite à tous les créanciers. Or, on ne voit pas pourquoi les créanciers non cédants devraient bénéficier en partie de créances appartenant à l'origine à d'autres créanciers, et non à la banque débitrice; par ailleurs, rien n'empêcherait un créancier non cédant d'interrompre régulièrement la prescription à l'égard du tiers tenu pour responsable en attendant l'issue du procès conduit par la masse et, en cas de succès, d'exercer à son tour ses prétentions, ce qui lui permettrait de recouvrer sa créance en sus du montant supplémentaire déjà récupéré dans le concordat grâce aux cessions d'autres créanciers.
Le procédé choisi en l'occurrence par les liquidateurs est d'autant moins admissible que les avantages présentés dans l'avis du 27 avril 1982 - "éviter une dispersion stérile des forces et une impossibilité pratique de mener des pourparlers constructifs" - pouvaient tout aussi bien être réalisés sans cessions, par l'intermédiaire d'un mandataire commun disposant des informations idoines de la part des liquidateurs (cf. ATF 106 Ib 357 consid. 3d p. 369). La création artificielle de la qualité pour agir de la société en liquidation, niée par l' ATF 106 Ib 357, ne répond à aucun motif légitime. De surcroît, le principe de l'allégement de la procédure et de l'économie des frais, applicable à la procédure concordataire (ATF 111 III 86 consid. 2f p. 90), s'oppose à ce que la société en liquidation concordataire engage des frais pour une procédure qui est de nature à durer plusieurs années, retardant ainsi la liquidation effective de la société au détriment de l'ensemble des créanciers, alors que les créances litigieuses ne font pas partie de la masse de par la loi, mais y sont incorporées par des cessions fiduciaires. d) Sur le vu de ce qui précède, les cessions opérées dans les circonstances décrites ci-dessus apparaissent contraires au droit; il

convient dès lors de constater leur nullité, conformément aux art. 20 et 164 al. 1 CO. Fondée sur des cessions nulles, la qualité pour agir de la demanderesse doit être niée, ce qui entraîne l'admission du recours et le rejet de l'action en dommages-intérêts introduite contre la défenderesse.