



POUVOIR JUDICIAIRE

DCSO/127/10

DÉCISION

DE LA COMMISSION DE SURVEILLANCE DES OFFICES DES POURSUITES ET DES FAILLITES SIÉGEANT EN SECTION

DU JEUDI 18 FEVRIER 2010

Cause A/2175/2009, plainte 17 LP formée le 21 juin 2009 par **M. H_____**, élisant domicile en l'étude de M. Jean-Daniel NICATY, agent d'affaires, à Lausanne.

Décision communiquée à :

- **M. H_____**

domicile élu : M. Jean-Daniel NICATY, agent d'affaires
Avenue de Mon-Repos 14
Case postale 59
1000 Lausanne 5

- **Mme A_____ en liquidation concordataire et A_____ & Cie en liquidation concordataire**

domicile élu : Etude de Me Denis MATHEY, avocat
Quai Gustave Ador 2
1207 Genève

Le recours en matière civile au sens de l'art. 72 al. 2 let. a de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF ; RS 173.110) est ouvert contre les décisions prises par la Commission de surveillance des Offices des poursuites et des faillites, unique autorité cantonale de surveillance en matière de poursuite pour dettes et faillite (art. 56R al. 3 LOJ). Il doit être déposé devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, dans les dix jours qui suivent la notification de l'expédition complète de la présente décision (art. 100 al. 1 et 2 let. a LTF) ou dans les cinq jours en matière de poursuite pour effets de change (art. 100 al. 3 let. a LTF). Le recours doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, en quoi l'acte attaqué viole le droit et les moyens de preuve, et être signé (art. 42 LTF).

EN FAIT

A.a. Par jugement JTPI/xxx/2007 du 11 décembre 2007, le Tribunal de première instance a homologué le concordat par abandon d'actif présenté par A_____ & Cie SNC, nommé Me Denis MATHEY en tant que liquidateur et homologué le choix de l'assemblée des créanciers de nommer M. T_____, représentant de la Fondation de valorisation des actifs de la BCGe en tant que membre de la commission des créanciers.

Par la suite, le Tribunal de première instance a également homologué le concordat par abandon d'actif de Mme A_____ par jugement n° JTPI/xxx/2008 du 3 juin 2008 par lequel elle a nommé Denis MATHEY en qualité de liquidateur et M. X_____, représentant d'UBS SA, ainsi que M. T_____, en qualité de membre de la commission des créanciers. Le Tribunal a constaté que mis à part le créancier UBS SA, les créanciers qui ont produit dans ce concordat sont identiques à ceux ayant produit dans celui de A_____ & Cie SNC, du fait de la responsabilité solidaire de Mme A_____ et que ces deux concordats sont liés.

Lors d'une séance de la commission de surveillance des créanciers du 27 août 2008, il a été décidé d'adresser, avant le dépôt de l'état de collocation, une circulaire aux créanciers les informant du mode de liquidation choisi. La commission a invité Denis MATHEY à établir un projet de circulaire en ce sens.

Le 8 décembre 2008, Denis MATHEY a adressé cette circulaire aux créanciers, qui comportait deux points, l'un relatif à la manière dont Denis MATHEY entendait mener à bien cette liquidation, l'autre point concernant son acceptation du paiement de 50'000 fr. de la part de B_____ SA à titre de contrevalueur de divers actifs inventoriés lors de l'octroi du sursis, lesquels faisaient l'objet d'une offre d'achat. Au bas de cette circulaire, Denis MATHEY informait les destinataires des voies de droit éventuelles.

A.b. M. H_____ a écrit le 9 décembre 2008 à Denis MATHEY pour contester le mode de procéder s'agissant de la vente de gré à gré à B_____ SA, lui indiquant qu'il aurait dû offrir la possibilité aux créanciers de pouvoir surenchérir. Il s'interroge également sur le montant du dividende présumé. Il précise que son courrier vaut plainte au sens de l'art. 17 LP.

Denis MATHEY a écrit à M. H_____, l'informant que l'état de collocation est en cours d'établissement et que le dividende prévisible sera indiqué sur ce document. Il lui indique que les actifs faisant l'objet n° 2 de la circulaire avaient été inventoriés dans le cadre du sursis et ont été utilisés dans l'intervalle, précisant que la valeur de 50'000 fr. était celle lors de l'établissement de l'inventaire et qu'une vente aux enchères aurait généré un produit nettement inférieur, raison pour laquelle un délai n'a pas été fixé aux créanciers pour provoquer des surenchères.

Denis MATHEY terminait en demandant à M. H_____ s'il entendait maintenir sa plainte ou si celle-ci devait être transmise immédiatement à la Commission de céans.

M. H_____ a répondu par l'affirmative par courrier du 19 décembre 2008, maintenant sa plainte et estimant qu'il aurait dû être offert la possibilité aux créanciers de provoquer des surenchères.

M. H_____ a écrit un courrier-fax à Denis MATHEY le 28 janvier 2009 pour s'enquérir du mode de liquidation des actifs, relevant que le concordat ne prévoit rien ; M. H_____ indiquait qu'il pourrait être d'une certaine aide pour la liquidation des actifs, voire même, il pourrait envisager de formuler une offre.

Denis MATHEY a répondu le 5 février 2009 à M. H_____ de ce que la question du mode de liquidation des actifs était prématurée, prenant néanmoins bonne note de son offre d'assistance.

Par courrier du 23 février 2009, après plusieurs relances du conseil de M. H_____, Denis MATHEY lui a écrit pour lui indiquer que le montant accepté pour ces biens correspond à leur valeur, devant constater que ces objets avaient été utilisés depuis de longs mois et estimant qu'une surenchère n'avait pas lieu d'être. Il indiquait n'avoir pas d'objection à adresser une circulaire, *"mais cette démarche me paraît inutile et susceptible de dépenser inutilement les liquidités à disposition du concordat, démarche préjudiciable aux intérêts des créanciers."* Denis MATHEY invitait M. H_____ à indiquer s'il maintenait sa demande d'envoi d'une nouvelle circulaire afin de surenchérir à un montant supérieur à 50'000 fr.

Après quelques brefs échanges de correspondances au sujet d'annexes manquantes, M. H_____ a écrit à Denis MATHEY le 16 mars 2009 pour lui indiquer que *"de toute manière, je n'ai plus à "prendre position"; cela fait depuis le 9 décembre 2008 que j'ai contesté votre décision et indiqué que dite contestation valait plainte au sens de l'art. 17 LP"*.

Divers échanges de correspondances ont encore eu lieu entre Denis MATHEY et M. H_____, ce dernier réclamant la transmission de sa plainte à la Commission de céans.

Denis MATHEY a finalement transmis par courrier du 19 juin 2009 la plainte à la Commission de céans qui l'a enregistrée le 21 juin 2009. Il indiquait que *"je me tiens bien sûr à disposition en cas de question, mais je fais déjà observer que, d'après les indications données le 11 juin 2009, le comptable de la société a indiqué que les actifs concernés avaient été réalisés avant l'entrée en liquidation concordataire (voir copie pv en annexe)"*.

- B. La Commission de céans a invité par courrier du 23 juin 2009 M. H_____ à compléter sa plainte.

M. H_____ a fait parvenir son écriture le 6 juillet 2009. Il relève que préalablement à cette proposition de réalisation, le plaignant avait fait part de son intérêt au liquidateur pour ce qui concerne les machines inventoriées, respectivement sa disponibilité à trouver des amateurs. Il note que la décision querellée du 8 décembre 2008 n'est qu'un préavis du liquidateur sur la réalisation de gré à gré d'actifs mobiliers pour 50'000 fr. Des correspondances échangées entre le plaignant et le liquidateur, il ressort que M. H_____ estime que ces actifs ne devraient pas pouvoir être vendus de gré à gré sans que la possibilité ne soit offerte aux créanciers de surenchérir.

Le plaignant s'étonne que dans la correspondance du 19 juin 2009 du liquidateur, il soit indiqué sans plus de précision que le comptable de la société prétende que les actifs auraient été réalisés avant l'entrée en liquidation concordataire.

Il faut encore noter que la Banque Cantonale Vaudoise a également formé une plainte contre cette circulaire, contestant tant le mode de liquidation choisi que cette vente de gré à gré. Cette plainte est enregistrée sous procédure A/2578/2009.

- C. Denis MATHEY a fait parvenir sa détermination le 31 août 2009, concluant au rejet de la plainte, pour autant que celle-ci soit recevable, puisqu'elle aurait dû être adressée à la commission de surveillance des créanciers "*comme l'admet lui-même le recourant (voir allégué 4)*". Il explique que "*l'encaissement de la somme de CHF 50'000 faisait suite à une décision prise dans le cadre du sursis concordataire, procédure à laquelle le créancier a participé notamment en ayant accès aux pièces du concordat dans les 20 jours ayant précédé l'assemblée des créanciers (article 301 LP). Le concordat a été homologué par décision du tribunal de 1^{ère} instance rendue le 11 décembre 2007 (annexes 1 et 2), aujourd'hui entrée en force*". Il poursuit en expliquant que la circulaire du 8 décembre 2008 contenait une information quant à l'encaissement de cette somme de 50'000 fr.
- D. Invité à indiquer s'il maintenait sa plainte au vu des observations de Denis MATHEY, M. H_____ a répondu par l'affirmative le 14 septembre 2009. Il note que "*par courrier du 6 avril 2009, le liquidateur concordataire m'indiquait que si je persistais à demander l'envoi d'une circulaire afin de permettre aux créanciers de faire une meilleure offre, il "s'exécuterait naturellement"*". Il qualifie la détermination du 31 août 2009 du liquidateur concordataire pour le moins "*fantaisiste*", considérant que l'encaissement de la somme de 50'000 fr. n'a pas eu lieu pendant la période de sursis concordataire mais bien postérieurement à l'homologation. Il se réservait, le cas échéant, le droit de déposer une nouvelle plainte pour retard injustifié de la part du liquidateur qui n'a, semble-t-il, même pas déposé l'état de collocation de cette liquidation.

- E. Par courrier du 21 octobre 2009, la Commission de céans a invité Denis MATHEY à produire l'inventaire des actifs des concordats de Mme A_____ et A_____ & Cie SNC, l'offre de la SA B_____, toute correspondance utile par rapport à la compréhension de cette transaction et l'autorisation ou ratification du juge du concordat d'aliéner ces biens durant le sursis.

Denis MATHEY a remis l'inventaire de ces deux concordats, copie d'un courrier de M. F_____ du 3 novembre 2009, mandataire des entités en liquidation concordataire, comprenant des annexes et des explications au sujet de la réalisation des actifs concernés par la plainte.

Denis MATHEY explique qu'il a dressé un seul inventaire pour les deux masses concordataires, ce qui correspondait à la volonté des créanciers, validée par la décision d'homologation du Tribunal. S'agissant des actifs vendus, il indique les circonstances de la vente, soit en particulier l'offre qui a été formulée, et en avoir fait état dans divers rapports au juge, notamment celui du 28 septembre 2005. Il note que toute la documentation était à disposition des créanciers avant l'assemblée des créanciers et n'avoir eu aucune réclamation par rapport à ce mode de faire.

Répondant à une interrogation de la Commission de céans, Denis MATHEY relève que *"dans la mesure où la société sursitaire n'était plus en activité lors du transfert, il est douteux que l'on puisse qualifier d'actifs immobilisés (au sens de l'article 663a CO) les actifs visés"*. Même dans l'hypothèse où ces biens seraient qualifiés d'actifs immobilisés, Denis MATHEY relève que toute l'opération a été faite de manière transparente à l'égard du juge qui a ratifié le transfert lors des décisions rendues.

- F. Sur invitation de la Commission de céans, M. H_____ a fait part de ses observations complémentaires le 15 décembre 2009. Il note que le versement de 50'000 fr. est intervenu après l'homologation, soit le 18 septembre 2008, contrairement à ce que Denis MATHEY semble invoquer dans sa détermination du 31 août 2009 où il se réfère à une décision prise durant la période de sursis. Il relève en outre que *"on ne voit pas comment des actifs inventoriés à fr. 86'000.-- sont finalement réalisés à fr. 50'000.-- sans autre formalité."*
- G. En annexe de son courrier du 3 février 2010 et sur demande de la Commission de céans, Denis MATHEY a remis le justificatif de l'encaissement de la somme de 50'000 fr., qui a été créditée le 18 septembre 2008 sur son compte auprès de la Banque M_____ n° 16.xxx.xxx, d'ordre de Nouvelle Société A_____, B_____ SA avec comme communication du donneur d'ordre *"Paiement du montant convenu pour la reprise des divers actifs mobiliers inventoriés selon courrier du 16.9"*.

EN DROIT

- 1.a La présente plainte a été certes formée dans les 10 jours auprès de la Commission de céans, dans les formes prévues par la loi (art. 13 LaLP) et contre une décision rendue dans le cadre d'un concordat.
- 1.b. Se pose néanmoins la problématique de la compétence de la Commission de céans.

La commission des créanciers dispose d'un droit général de contrôle sur la conduite des affaires par les liquidateurs. Elle doit être tenue informée des progrès de la liquidation, peut examiner les livres et les comptes et peut exiger des rapports des liquidateurs, qui néanmoins, doivent bénéficier d'une certaine autonomie dans leur activité (CR-LP, ad art. 320 n° 5 et 6).

Les liquidateurs sont assujettis à la surveillance et au contrôle de la commission des créanciers (art. 320 al. 1 LP). Les décisions des liquidateurs peuvent ainsi être attaquées devant la commission des créanciers et les prononcés de cette commission peuvent être déférés à la Commission de céans (al. 2).

Par décision des liquidateurs, il faut entendre toute décision qui concerne la réalisation ou le transfert onéreux à un tiers des droits patrimoniaux abandonnés par le concordataire (ATF 76 I 290, JdT 1951 II 94, cons. 1 ; ATF 77 III 135, JdT 1952 II 87 cons. 1 et 2). Ainsi, cette voie de droit n'est par exemple pas ouverte s'agissant d'une contestation d'une décision de collocation d'une créance (ATF 105 III 28, JdT 1981 II 10).

La procédure de recours devant la Commission des créanciers concerne seulement les décisions que les liquidateurs ont prises sans la collaboration de la commission des créanciers ou en violation de ses instructions. Le recours à la commission des créanciers n'est ainsi pas une voie de reconsidération mais une véritable voie de recours. Cela signifie que cette voie de recours est exclue si la commission des créanciers a pris d'une quelconque manière part à la décision attaquée. (CR-LP ad art 320 n° 15, SchKG III ad art. 320 n° 22).

La voie de recours à l'autorité cantonale de surveillance n'est par voie de conséquence ouverte que dans les cas où la voie de recours interne est épuisée (CR-LP ad art. 320 n° 16, BLSchK 1997, p. 232).

- 1.c. En l'espèce, le liquidateur émet des réserves quant à la recevabilité de la plainte alors que la voie de recours indiquée dans la circulaire querellée et établie par ses soins est celle de la plainte auprès de la Commission de céans, ce qui est paradoxal. Il reconnaît en sus lui-même dans sa détermination du 7 octobre 2009 que la circulaire, objet de la plainte, a été dûment approuvée par la commission

des créanciers. La Commission de céans est ainsi compétente sur la base des art. 320 al. 2 LP et 17 LP.

La plainte est donc recevable.

- 2.a. Un concordat par abandon d'actif doit contenir des dispositions notamment sur le mode de réalisation des biens, en tant qu'il n'est pas réglé par la loi, les disposition sur le droit de la faillite pouvant s'appliquer par analogie (art. 318 al. 1 ch. 3, CR-LP ad art. 318 n° 14).

Pour le cas où des biens seraient cédés à des tiers au sens de l'art. 306 al. 2 LP, le mode et les garanties de cette cession doivent figurer dans le concordat (art. 318 al. 1 ch. 3 LP). Dans l'hypothèse où la réglementation du mode de réalisation serait insuffisant, celui-ci peut être complété, d'office ou sur demande d'un participant, par le juge du concordat (art.306 al. 3 LP). Il est à noter que l'art. 322 LP prévoit la possibilité de réaliser en bloc les actifs, les organes du concordat pouvant céder à un tiers en bloc les actifs même sans pouvoir explicite inscrit dans le concordat, ce mode de liquidation étant admis même si le mode et les garanties d'exécution de cette cession ne sont pas expressément indiqués dans l'acte de concordat (SchKG III ad art. 318 n° 26, CR-LP ad art 318 n° 15).

- 2.b. Deux hypothèses peuvent se présenter en pratique, les négociations étant souvent entreprises pendant le sursis concordataire avec un ou plusieurs acquéreurs potentiels par le débiteur, sous la surveillance du commissaire.

Pour le cas où les modalités de la cession seraient déjà connues au moment de l'acceptation et de l'homologation du concordat, les conditions essentielles de la cession, en particulier le prix convenu (chiffré ou déterminable), doivent être mentionnées dans l'acte de concordat (CR-LP, ad art. 306 n° 16). Le contrat devrait être soumis à la condition suspensive de l'homologation du concordat, étant précisé néanmoins que le transfert sans condition est admis déjà pendant le sursis concordataire afin de ne pas dévaloriser les secteurs sains de l'entreprise du débiteur (SchKG III ad art. 318 nos 30 et 31, CR-LP ad art. 318 n° 16).

Par contre, si les négociations ne sont pas achevées et si les modalités de la cession ou la personne de l'acquéreur ne sont pas encore connues à l'échéance du sursis concordataire, l'acte de cession peut se limiter à donner pouvoir aux liquidateurs de vendre les actifs à un créancier ou à un tiers sans aucune précision sur le prix de la cession, ceci même sans une attribution spéciale de pouvoir, les liquidateurs sont autorisés.

- 2.c. Les dispositions du droit de la faillite ne s'appliquent pas telles quelles au concordat par abandon d'actif, même si la loi ne prévoit rien de particulier en la matière. Il faut examiner point par point si et en quelle mesure il se justifie de les appliquer par analogie (RO 84 III 109, JdT 1959 II 21).

- 2.d. Dans le cas d'espèce, il faut noter que le mode de réalisation des biens mobiliers concernés et la date de leur réalisation n'est pas déterminée ni déterminable au vu des pièces produites, même s'il est vrai que les actifs en question sont mentionnés pour 62'710 fr. dans le jugement du 11 décembre 2007 homologuant le concordat de A_____ & Cie SA.

Faute d'éléments probants venant démontrer le contraire et quoiqu'en dise le liquidateur, la Commission de créanciers retiendra que cette vente de gré à gré s'est déroulée postérieurement au sursis concordataire, en tout cas, s'agissant du concordat de A_____ & Cie SNC, cette thèse étant confortée par le fait que Denis MATHEY laisse ouverte la possibilité que soit offerte aux créanciers de surenchérir, si le plaignant le désirait. Il est à noter en sus que la somme de 50'000 fr. a été payée le 30 septembre 2008 sur le compte de Denis MATHEY, soit postérieurement à l'homologation des deux concordats.

Reste donc à déterminer si l'art. 256 al. 3 LP trouve application dans le cadre d'un concordat par abandon d'actif, par renvoi de l'art. 322 LP.

- 2.e. Le liquidateur, d'entente avec la commission des créanciers, décide librement du mode et du moment de la réalisation. La souplesse de la procédure de réalisation est l'un des avantages déterminants du concordat par abandon d'actif par rapport à la faillite (CR-LP ad art. 322 ad 1).

Une fois le concordat par abandon d'actif homologué, les liquidateurs accomplissent tous les actes nécessaires à la conservation et à la réalisation de la masse ou, s'il y a lieu, au transfert des biens (art. 319 al. 3 LP).

Comme déjà dit, les biens composant l'actif sont réalisés en règle générale séparément ou en bloc, par voie de recouvrement ou de vente s'il s'agit de créances, et par voie de vente de gré à gré ou par enchères publiques s'il s'agit d'autres biens. Le mode et le moment de la réalisation sont fixés par les liquidateurs, d'entente avec la commission des créanciers (art. 322 al. 1 et 2 LP). Cet article contient les principes généraux, qui sont ensuite précisés ou qui font l'objet de dérogations aux art. 323 à 325 LP.

Le liquidateur et la commission des créanciers ont ainsi un pouvoir d'appréciation qui dépasse ce que prévoit l'art. 256 LP.

En l'espèce, la commission des créanciers, représentante élue de la plaignante (art. 302 LP), a donné son accord pour la réalisation des actifs patrimoniaux abandonnés par le concordataire, tant au niveau du prix de vente qu'au niveau du choix de l'acquéreur, considérant que les conditions de cette vente étaient des plus favorables.

L'art. 256 LP, en tant qu'il impose à l'administration de la faillite, s'agissant d'immeubles ou de biens de valeur élevée, d'offrir aux créanciers de surenchérir

dans le cadre de ventes de gré à gré, ne trouve pas application dans le cadre d'un concordat par abandon d'actif, le principe de la liquidation des actifs par les liquidateurs faisant partie des éléments acceptés par les créanciers lorsqu'ils ont adhéré au concordat et qui a été accepté par le Tribunal lorsqu'il a homologué le concordat. De plus, tant la vente de gré à gré que le prix obtenus, ont recueilli l'assentiment de la commission de surveillance, représentante du plaignant.

Ainsi, n'étant pas face à une violation de l'art. 256 al. 3 LP, comme le soutient le plaignant, la plainte sera rejetée.

Cela étant, la Commission de céans ne manque pas de s'interroger sur les raisons pour lesquelles le plaignant ne s'est pas porté candidat pour faire partie de la commission des créanciers de ce concordat si, comme il l'affirme, sa présence aurait pu être utile pour la liquidation des actifs.

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COMMISSION DE SURVEILLANCE
SIÉGEANT EN SECTION :**

A la forme :

Déclare recevable la plainte formée le 21 juin 2009 par M. H_____ contre la circulaire aux créanciers du 8 décembre 2008 dans le cadre des concordats par abandon d'actif de Mme A_____ et A_____ & Cie SNC.

Au fond :

1. La rejette.
2. Déboute les parties de toutes autres conclusions..

Siégeant : M. Philippe GUNTZ, président ; MM. Philipp GANZONI et Christian CHAVAZ, juges assesseurs.

Au nom de la Commission de surveillance :

Véronique PISCETTA
Greffière :

Philippe GUNTZ
Président :

La présente décision est communiquée par courrier A à l'Office concerné et par courrier recommandé aux autres parties par la greffière le