



POUVOIR JUDICIAIRE

A/2686/2018-CS

DCSO/60/19

DECISION

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre de surveillance
des Offices des poursuites et faillites

DU VENDREDI 8 FEVRIER 2019

Plainte 17 LP (A/2686/2018-CS) formée en date du 9 août 2018 par **A**_____ et **B**_____, élisant domicile en l'étude de Me Cédric AGUET, avocat.

* * * * *

Décision communiquée par courrier A à l'Office concerné
et par plis recommandés du greffier du
à :

- **A**_____
c/o Me AGUET Cédric
Rue du Grand-Chêne 8
Case 5463
1002 Lausanne.
 - **B**_____
c/o Me AGUET Cédric
Rue du Grand-Chêne 8
Case 5463
1002 Lausanne.
 - **C**_____ **SA EN LIQUIDATION**
c/o Office cantonal des faillites
Faillite n° 1_____/ groupe 1
-

EN FAIT

A. a. La société C_____, dont le but social était "*fabrication, production, marketing, achat, vente et revente de véhicules en tous genres, en particulier de quads amphibies*", a été inscrite le 10 septembre 2012 au Registre du commerce de Genève.

Sa faillite a été déclarée par jugement JTPI/11238/2014 rendu le 3 septembre 2014 par le Tribunal de première instance.

Elle a été liquidée en la forme sommaire par l'Office cantonal des faillites (ci-après : l'Office).

La liquidation a été clôturée par jugement JTPI/9388/2017 rendu le 3 août 2017 par le Tribunal de première instance et publié le 5 septembre 2017 dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC).

b. A_____ et B_____, représentés par le même conseil, ont chacun produit dans la faillite et ont été admis à l'état de collocation.

E_____ SA a également produit dans la faillite et été admise à l'état de collocation.

c. Dans le cadre de la liquidation de la faillite, l'Office a inventorié sous rubrique C1 de l'inventaire une créance d'un montant de 125'900 fr. 55 à l'encontre de F_____, au titre de solde débiteur de son compte courant actionnaire.

Sur requête de A_____ et B_____, l'Office a également inventorié, sous rubrique C2 et C3 de l'inventaire, deux créances pour un montant égal au découvert dans la faillite à l'encontre de G_____, administrateur unique de la faillie, et de H_____ au titre de dommages-intérêts pour la violation des devoirs leur incombant en leur qualité d'organes de droit ou de fait de la faillie au sens des art. 752 ss. CO.

Aucune autre créance n'a été portée à l'inventaire dans la faillite et celui-ci n'a fait l'objet d'aucune contestation.

d. Par circulaire adressée le 9 mars 2017 à l'ensemble des créanciers admis à l'état de collocation, l'Office leur a proposé d'abandonner les prétentions inventoriées sous rubriques C1, C2 et C3 de l'inventaire et leur a imparti un délai au 3 avril 2017 pour se déterminer sur ce point, indiquant que leur silence vaudrait acceptation. Simultanément, et pour le cas où la proposition d'abandon de ces créances serait acceptée par une majorité des créanciers, les créanciers souhaitant en obtenir la cession au sens de l'art. 260 al. 1 LP étaient invités, dans le même délai, à en faire la demande.

La proposition d'abandonner les prétentions inventoriées sous rubriques C1, C2 et C3 de l'inventaire a été acceptée par les créanciers.

Trois d'entre eux - A_____, B_____ et E_____ SA – en ont requis la cession au sens de l'art. 260 al. 1 LP.

Par trois actes séparés (un par prétention) datés du 30 mai 2017, l'Office a autorisé ces trois créanciers à poursuivre le recouvrement de ces trois prétentions en lieu et place de la masse en faillite, à leur nom et à leurs risques et périls, un délai au 30 juin 2018 leur étant imparti pour agir.

e. Le 2 juillet 2018, A_____ et B_____ ont déposé auprès du Tribunal de première instance une requête de conciliation dirigée à l'encontre de G_____, de H_____, de F_____ et de I_____. Ils y concluaient à la condamnation de ces derniers à leur payer les montants en capital de, respectivement, 15'980 fr. et 30'468 fr., plus intérêts, ce en relation avec leur qualité d'actionnaires, respectivement d'organes, de C_____ SA.

f. Par courriers de leur conseil datés des 17 et 24 juillet 2018, A_____ et B_____, après avoir rappelé que *"les cessions des droits de la masse du 30 mai 2017 portaient sur la créance en responsabilité contre les organes de la faillie à l'encontre des seuls MM. G_____ et H_____"*, ont invité l'Office à leur *"confirmer"* qu'il *"ne s'oppos[ait] pas à ce que l'action soit ouverte également à l'encontre de MM. I_____ et F_____"*.

Par lettre datée du 26 juillet 2018, l'Office, rappelant lui aussi que seuls les droits concernant les prétentions en responsabilité à l'encontre de G_____ et de H_____ avaient fait l'objet d'une cession, a refusé de donner son accord au dépôt d'une action dirigée contre I_____ et F_____.

- B.**
- a.** Par acte adressé le 9 août 2018 à la Chambre de surveillance, A_____ et B_____ ont formé une plainte contre cette détermination de l'Office, concluant à ce qu'*"ordre [soit] donné à l'Office des poursuites du district de _____ (Vaud) [sic] de donner immédiatement son accord à ce que l'action en responsabilité contre les organes de la faillie soit ouverte contre MM. G_____, H_____, F_____ et I_____"*. Selon les plaignants, le fait d'ouvrir action à l'encontre de l'ensemble des actionnaires de la faillie et non seulement de G_____ et de H_____ était conforme au mandat procédural octroyé par actes du 30 mai 2017 et dans l'intérêt de la masse. Il n'appartenait pour le surplus pas à l'Office, en sa qualité d'administration de la faillite, d'empêcher l'exécution de prétentions fondées sur le droit matériel en refusant la délivrance d'un acte de cession.
- b.** Dans ses observations datées du 31 août 2018, l'Office a conclu au rejet de la plainte, se prévalant pour l'essentiel du fait que les éventuelles prétentions à l'encontre de F_____ et de I_____ ne pouvaient être qualifiées de nouvelles au sens de l'art. 269 LP, avec pour conséquence que leur cession n'était pas possible.
- c.** La cause a été gardée à juger le 3 septembre 2018, ce dont les parties ont été informées par avis du même jour.

EN DROIT

- 1. 1.1** La Chambre de surveillance est compétente pour statuer sur les plaintes formées en application de la LP (art. 13 LP; art. 125 et 126 al. 2 let. c LOJ; art. 6 al. 1 et 3 et 7 al. 1 LaLP) contre des mesures prises par l'office qui ne peuvent être attaquées par la voie judiciaire (art. 17 al. 1 LP). La plainte doit être déposée, sous forme écrite et motivée (art. 9 al. 1 et 2 LaLP; art. 65 al. 1 et 2 LPA, applicable par renvoi de l'art. 9 al. 4 LaLP), dans les dix jours de celui où le plaignant a eu connaissance de la mesure (art. 17 al. 2 LP). La motivation peut être sommaire mais doit permettre à l'autorité de surveillance de comprendre les griefs soulevés par la partie plaignante ainsi que ce qu'elle demande (ERARD, in CR LP, 2005, Dallèves/Foëx/Jeandin [éd.], n° 32 et 33 ad art. 17 LP).

Par mesure de l'Office, il faut entendre tout acte matériel d'autorité accompli par l'Office en exécution d'une mission officielle dans une affaire concrète, ayant pour objet la continuation ou l'achèvement de la procédure d'exécution forcée et produisant des effets externes (ATF 116 III 91 consid. 1).

1.2 La plainte, qui émane d'une personne potentiellement touchée dans ses intérêts juridiques par l'acte contesté et dispose donc de la qualité pour former une plainte, a été déposée dans les formes et délais prévus par la loi. Elle est, dans cette mesure, recevable.

1.3 Pris dans son sens littéral, le courrier de l'Office daté du 26 juillet 2018 signifie l'absence d'accord de l'Office au dépôt par les plaignants d'une action judiciaire à l'encontre de deux supposés actionnaires de la faillie, fondée sur la violation alléguée de leurs devoirs en qualité d'organes de fait. On pourrait dès lors se demander s'il s'agit bien là d'une mesure au sens de l'art. 17 al. 1 LP, dès lors qu'aucune disposition légale ne prévoit un tel accord, lequel, pour les prétentions ayant fait l'objet d'une cession au sens de l'art. 260 LP, résulte expressément de l'acte de cession. S'agissant de prétentions non inventoriées, et n'entrant donc pas dans la masse active, leur invocation en justice ne saurait en principe être soumise à un accord de la part de l'Office. En tout état, c'est au juge civil qu'il appartient de statuer sur la légitimation active – respectivement sur la qualité pour agir – du créancier admis à l'état de collocation qui fait valoir une prétention en responsabilité à l'encontre des organes de la faillie.

On comprend cela étant des explications des plaignants, et en particulier de la motivation de leur plainte, qu'ils sollicitent en réalité de la part de l'Office une extension des cessions formalisées le 30 mai 2017 à d'autres prétentions, qui n'avaient pas été inventoriées. Dans cette mesure, la plainte doit être déclarée recevable.

- 2. 2.1** L'administration de la faillite procède à la réalisation des biens appartenant au failli (art. 256 al. 1 LP).

Outre la vente aux enchères et la vente de gré à gré (art. 256 al. 1 LP), l'Office peut également proposer aux créanciers de renoncer à faire valoir une prétention

de la masse et leur en proposer la cession, aux conditions de l'art. 260 al. 2 LP (VOUILLOZ, in CR LP, n° 31 ad art. 231 LP). Cette manière de procéder se justifie en particulier en relation avec les créances de la faillie qui sont contestées, incertaines, dont le recouvrement s'annonce long et coûteux et dont la réalisation par voie de vente aux enchères ou de gré à gré ne permet pas d'espérer un résultat satisfaisant (AMACKER/KÜNG, in KUKO SchKG, n° 10 ad art. 256 LP).

La cession à un ou plusieurs créanciers d'une prétention de la masse au sens de l'art. 260 al. 2 LP suppose, sous peine de nullité (ATF 118 III 57 cons. 4), une renonciation valable de l'ensemble des créanciers à la faire valoir. Cette décision peut être provoquée par la voie d'une circulaire (ATF 118 III 57 cons. 3), laquelle doit indiquer clairement le droit patrimonial que la masse peut renoncer à faire valoir (GILLIERON, Commentaire, n° 45 ad art. 260 LP). La même circulaire impartira aux créanciers, pour le cas où la proposition de l'administration de la masse serait admise, un délai convenable (art. 49 OAO) pour solliciter, sous peine de déchéance (GILLIERON, Commentaire, n° 45 ad art. 260 LP), la cession de la prétention aux conditions de l'art. 260 al. 2 LP.

La cession des droits de la masse au sens de l'art. 260 al. 2 LP constitue une institution *sui generis* du droit des poursuites offrant une analogie avec la cession des art. 164 ss CO et avec le mandat des art. 394 ss CO. Elle en diffère toutefois, en ce qu'elle confère uniquement au créancier le droit d'agir en justice (*Prozessführungsrecht*) à la place de la masse, de faire valoir les prétentions litigieuses en son propre nom, à ses frais et à ses risques (*Prozessstandschaft*), mais sans qu'il devienne titulaire de la prétention de droit matériel, qui continue d'appartenir à la masse (ATF 132 III 342 consid. 2.2; 121 III 488 consid. 2a et 2b; arrêt 5A_169/2008 du 29 janvier 2009 consid. 2.3.2 non publié aux ATF 135 III 321). Sa caractéristique consiste dans le fait que le produit de la réalisation revient en premier lieu aux créanciers du failli qui ont assumé le risque de conduire le procès et que la masse n'obtient que l'excédent du produit de la réalisation de droits litigieux (ATF 115 III 68 consid. 3).

L'Office accorde la cession à tous les créanciers de la masse qui la demandent. Le droit d'obtenir une cession des droits de la masse au sens de l'art. 260 LP est lié *ex lege* à la qualité d'intervenant du créancier colloqué (ATF 55 III 65 consid. 2; GILLIERON, Commentaire LP, n. 15 ad art. 260 LP).

2.2 L'art. 269 al. 1 LP prévoit que lorsque, la faillite clôturée, l'on découvre des biens qui ont échappé à la liquidation, l'Office en prend possession, les réalise et en distribue le produit sans autre formalité entre les créanciers perdants, suivant leur rang. Selon la jurisprudence, cette procédure de réalisation et de répartition après clôture de la faillite ne s'applique pas aux biens dont l'existence et l'appartenance à la masse étaient connues de l'administration de la faillite et/ou des créanciers avant la clôture de la faillite et que la masse s'est abstenue de faire valoir (ATF 116 III 96 consid. 2a, JT 1992 II 130 et les arrêts cités; 5A_525/2010

du 31 août 2010, consid. 2 publié in BLSchK 2011, p. 140 n° 27; SJ 1995 p. 703 consid. 3; JEANDIN, in CR LP, 2005, n. 8 ad art. 269). Sous réserve d'un état de fait ou d'une situation juridique clairs, ce n'est pas à l'Office qu'il incombe de trancher la question de savoir si la prétention supposée nouvelle était ou non connue de l'administration ou des créanciers avant la clôture de la faillite : dans le doute, l'Office devra mettre en oeuvre l'art. 269 LP et laisser au juge le soin de statuer sur ce point (ATF 117 III 70 consid. 2b; JEANDIN, in CR LP, n° 16 ad art. 269 LP).

Si l'actif nouvellement découvert est un "*droit douteux*", en ce sens que sa réalisation paraît de nature à provoquer des procédures judiciaires que l'administration de la faillite n'a en principe pas les moyens d'assumer financièrement, l'Office en donne avis aux créanciers par publication ou par lettre et procède conformément aux dispositions de l'art. 260 LP (art. 269 al. 3 LP). Constituent en particulier des droits douteux au sens de cette disposition les droits contestés ou litigieux, ainsi que ceux dont le caractère "*nouvellement découvert*" est contesté (JEANDIN, op. cit., n° 30 ad art. 269 LP). L'Office doit veiller à ce que l'offre de cession d'un droit douteux nouvellement découvert atteigne tous les créanciers colloqués, au besoin en combinant la publication avec l'envoi d'une lettre aux créanciers dont l'adresse est connue (JEANDIN, op. cit., n° 31 ad art. 269 LP). Tous les créanciers ayant subi une perte dans la faillite clôturée, ainsi que leurs successeurs ou cessionnaires, peuvent requérir la cession, qui a les mêmes effets procéduraux que celle de l'art. 260 LP (JEANDIN, op. cit., n° 32 ad art. 269 LP).

2.3 Dans le cas d'espèce, il est constant que les prétentions en responsabilité que les plaignants entendent faire valoir à l'encontre de F_____ et de I_____ à raison de la violation alléguée des devoirs leur incombant en leur qualité supposée d'organes de la faillie n'ont pas été inventoriées, avec pour conséquence que les créanciers n'y ont pas renoncé et que le droit de les faire valoir pour le compte de la masse, au sens de l'art. 260 al. 2 LP, n'a été cédé à aucun créancier.

La faillite étant aujourd'hui clôturée, la seule manière pour les plaignants de faire étendre à ces prétentions le mandat procédural qui leur a été conféré, par actes datés du 30 mai 2017, pour les prétentions inventoriées sous rubriques C2 et C3 de l'inventaire consiste à demander à l'Office de mettre en œuvre la procédure prévue par l'art. 269 LP, ce qui suppose qu'ils exposent en quoi ces droits étaient inconnus de l'administration de la masse et des créanciers avant la clôture de la faillite. Une éventuelle décision de l'Office refusant d'ouvrir une procédure de réalisation complémentaire au sens de l'art. 269 LP, par exemple en raison d'un défaut de nouveauté des prétentions donnant lieu à la demande, pourrait, sous réserve du respect du délai de plainte prévu par l'art. 17 al. 2 LP, être contestée devant la Chambre de céans.

A supposer qu'une procédure de réalisation complémentaire au sens de l'art. 269 LP soit effectivement ouverte, la cession du droit de faire valoir les

prétentions litigieuses nouvellement découvertes devra être offerte à l'ensemble des créanciers et, le cas échéant, formalisée par un acte de cession similaire à ceux datés du 30 mai 2017. De tels actes comportant l'autorisation de faire valoir les droits litigieux pour le compte de la masse, l'accord sollicité par les plaignants perdrait son objet.

Il résulte de ce qui précède que, faute d'ouverture d'une procédure de réalisation complémentaire au sens de l'art. 269 LP et d'envoi à l'ensemble des créanciers d'une offre de cession au sens de l'art. 269 al. 3 LP, l'Office, en sa qualité d'administration de la faillite, ne pouvait donner aux plaignants son "*accord*" pour qu'ils fassent valoir au nom de la masse des prétentions fondées sur les art. 752 ss. CO à l'encontre de F_____ et de I_____.

La plainte est donc mal fondée.

3. La procédure de plainte est gratuite (art. 20a al. 2 ch. 5 LP et art. 61 al. 2 let. a OELP) et il n'est alloué aucun dépens (62 al. 2 OELP).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
La Chambre de surveillance :

A la forme :

Déclare recevable la plainte formée le 9 août 2018 par A_____ et B_____ contre le courrier de l'Office cantonal des faillites daté du 26 juillet 2018 relatif à la faillite de C_____ SA.

Au fond :

La rejette.

Siégeant :

Monsieur Patrick CHENAUX, président; Messieurs Georges ZUFFEREY et Mathieu HOWALD, juges assesseurs; Madame Véronique PISCETTA, greffière.

Le président :

Patrick CHENAUX

La greffière :

Véronique PISCETTA

Voie de recours :

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 Chambre de surveillance des Offices des poursuites et des faillites, unique autorité cantonale de surveillance en matière de poursuite pour dettes et faillite (art. 126 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). L'art. 119 al. 1 LTF prévoit que si une partie forme un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire. 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).

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.