

# **BGer 5A\_445/2018 vom 21. Dezember 2018**

Bundesgericht, 2018-12-21, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_445\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_445_2018)

FR: TF 5A\_445/2018 du 21 décembre 2018

IT: TF 5A\_445/2018 del 21 dicembre 2018

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Le recours a été déposé en temps utile ( art. 100 al. 2 let. a LTF ) à l'encontre d'une décision finale ( art. 90 LTF ; ATF 133 III 350 consid. 1.2) rendue en matière de poursuite pour dettes et de faillite ( art. 72 al. 2 let. a LTF , en relation avec l' art. 19 LP ) par une autorité de surveillance statuant en dernière instance cantonale ( art. 75 al. 1 LTF ); il est recevable sans égard à la valeur litigieuse ( art. 74 al. 2 let . c LTF). Les recourantes, qui ont succombé devant l'autorité cantonale, ont qualité pour recourir ( art. 76 al. 1 LTF ).

### **E. 2.1**

Le recours en matière civile peut être formé pour violation du droit, tel qu'il est délimité par les art. 95 et 96 LTF . Le Tribunal fédéral applique le droit d'office ( art. 106 al. 1 LTF ). Cela étant, eu égard à l'exigence de motivation contenue à l' art. 42 al. 1 et 2 LTF , il n'examine en principe que les griefs soulevés; il n'est pas tenu de traiter, à l'instar d'une autorité de première instance, toutes les questions juridiques pouvant se poser, lorsque celles-ci ne sont plus discutées devant lui ( ATF 140 III 86 consid. 2; 135 III 397 consid. 1.4; 134 III 102 consid. 1.1). Le recourant doit discuter les motifs de la décision entreprise et indiquer précisément en quoi il estime que l'autorité précédente a méconnu le droit ( art. 42 al. 2 LTF ; ATF 140 III 86 consid. 2).

### **E. 2.2**

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ).

### **E. 3.1**

L'autorité de surveillance a jugé que les conditions objectives et subjectives de la cession des droits de la masse étaient remplies et que cette cession n'était ni nulle ni annulable. A l'appui de son raisonnement, elle a retenu que D.\_\_\_\_\_ SA n'était pas la débitrice des droits dont elle requiert la cession puisque ceux-ci étaient dirigés contre des personnes juridiques distinctes d'elle, soit M.\_\_\_\_\_ et K.\_\_\_\_\_ N.V. et que seul le juge ordinaire était compétent pour examiner le bien-fondé matériel de la cession compte tenu des relations qu'entretenaient la créancière cessionnaire et les anciens organes de la faillie. Elle a ajouté que les créanciers cessionnaires d'une même prétention n'étaient pas contraints d'ouvrir le procès conjointement ou de suivre une ligne procédurale commune, que la cession litigieuse n'empêchait pas les recourantes d'exercer les prétentions cédées devant les juridictions compétentes, indépendamment les unes des autres ou conjointement, et, enfin, que chaque créancier pouvait comparaître par l'avocat de son choix, de sorte que l'office n'avait pas à nommer à D.\_\_\_\_\_ SA un représentant indépendant pour agir en qualité de cessionnaire des droits de la masse.

### **E. 3.2**

Les recourantes se plaignent de la violation de l' art. 260 LP . Tout d'abord, elles soutiennent que, si elle a lieu en faveur du débiteur lui-même ou de personnes qui sont proches de lui, la cession de créance est illicite en raison du conflit d'intérêts qu'elle crée et des difficultés de la mise en oeuvre qu'elle entraîne pour les autres cessionnaires. Or, D.\_\_\_\_\_ SA est une personne proche aussi bien de K.\_\_\_\_\_ N.V., qui en est l'actionnaire unique en tant que maison-mère, que de M.\_\_\_\_\_, qui est l'administrateur unique de K.\_\_\_\_\_ N.V. et, par le biais de celle-ci, est économiquement dirigeant de D.\_\_\_\_\_ SA. A cet argument sur le conflit d'intérêts, elles ajoutent que les cessionnaires ne peuvent pas agir indépendamment les uns des autres. Il existe bon nombre d'actes procéduraux sur lesquels les cessionnaires doivent se mettre d'accord pour mener avec succès la procédure; cette démarche commune n'est pas possible si l'un des cessionnaires poursuit des intérêts contraires aux autres.

Ensuite, les recourantes soutiennent que l'autorité de surveillance est compétente pour juger les questions précitées qu'elles a soulevées, à l'exclusion du juge ordinaire. Elles soulignent qu'elle s'est d'ailleurs prononcée sur la licéité de la cession. Elles relèvent surtout qu'il est du devoir de l'administration de la faillite de gérer au mieux la faillie, que la cession de créance y contribue, et que l'autorité de surveillance doit précisément surveiller cette administration, de sorte qu'elle était tenue de vérifier cette cession. Elles ajoutent que l' art. 260 LP est une disposition procédurale sans effet sur le droit matériel et qu'il n'appartient donc pas au juge ordinaire de trancher les questions y relatives.

### **E. 4**

La question qui se pose est de savoir si l'autorité de surveillance est compétente pour juger de la validité de la cession d'une créance de la masse, au sens de l' art. 260 LP , à un créancier proche du débiteur de cette créance.

#### **E. 4.1**

Aux termes de l' art. 260 al. 1 et 2 LP , si l'ensemble des créanciers renonce à faire valoir une prétention, chacun d'eux peut en demander la cession à la masse; le produit, déduction faite des frais, sert à couvrir les créances des cessionnaires dans l'ordre de leur rang et l'excédent est versé à la masse.

##### **E. 4.1.1**

La cession selon l' art. 260 LP est une institution du droit de la faillite et du droit de procédure

sui generis . Elle peut être considérée comme une "

Prozessstandschaft ", permettant au cessionnaire d'entamer un procès en son propre nom, pour son propre compte et à ses risques et périls ou de reprendre celui-ci dans les mêmes conditions. En revanche, il ne devient pas, par la cession, le titulaire de la prétention litigieuse qui continue d'appartenir à la masse; ne lui est cédé que le droit d'agir à la place de la masse (arrêt 5A\_344/2018 du 18 septembre 2018 consid. 4.1.1 et les références, destiné à la publication). La qualité pour agir du créancier cessionnaire repose sur une délégation légale de la faculté de conduire le procès, ou capacité d'agir. Les créanciers de la masse ne poursuivent ainsi pas le recouvrement de créances dont ils sont titulaires, mais de créances du failli qui tombent dans la masse. Ils disposent toutefois d'un droit préférentiel au moment de la répartition du produit du procès ( art. 260 al. 2 LP ). Le procès conduit après une

cession au sens de l' art. 260 LP sert à augmenter les actifs de la masse, et le fait que le produit, au moment de la répartition, revienne en première ligne à celui qui en supporte le risque n'y change rien ( ATF 132 III 342 consid. 2.2).

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. Ainsi, chaque créancier porté à l'état de collocation a le droit de requérir et d'obtenir la cession des droits de la masse aussi longtemps que sa créance n'a pas été définitivement écartée de l'état de collocation à la suite d'un procès intenté conformément à l' art. 250 LP ( ATF 138 III 628 consid. 5.3.2).

#### **E. 4.1.2**

Lorsque plusieurs créanciers se sont fait céder la même prétention de la masse, ils forment entre eux une consorité nécessaire, en ce sens que la prétention ne peut faire l'objet que d'un seul jugement (arrêt 5A\_344/2018 précité consid. 4.1.1 et les références, destiné à la publication). Les créanciers cessionnaires ne sont toutefois pas tenus d'adopter une conduite unique du procès ( ATF 136 III 534 consid. 2.1). Chacun d'eux peut renoncer à ouvrir action, conclure une transaction extra-judiciaire ou judiciaire, ou bien encore retirer une action introduite. Aucun d'entre eux ne peut être empêché d'obtenir gain de cause en procédant et un seul créancier peut faire valoir des allégations indépendantes - même contradictoires - de celles des autres créanciers et se faire représenter par son propre avocat. En ce sens, l' art. 260 LP n'impose pas que tous les ayants droit ouvrent le procès ensemble, le conduisent et agissent en se mettant d'accord ( ATF 121 III 488 consid. 2c). A cela s'ajoute que le fait que les bénéficiaires de la cession voient leur intérêt à la cession diminuer dans la mesure où le gain espéré est moindre est une conséquence inhérente au système même de la cession des droits de la masse, les créanciers cessionnaires pouvant être plus ou moins nombreux et agir avec des intérêts contradictoires et sur des plans différents (arrêt 7B.206/2005 du 2 février 2006 consid. 5). Néanmoins, vu que le juge doit se prononcer dans un seul jugement, si plusieurs tribunaux compétents sont à disposition ou si les créanciers cessionnaires qui entendent mener le procès ne sont pas capables de se mettre d'accord sur une manière coordonnée de mener la procédure, il appartient à l'office des faillites, sur la réquisition appropriée d'un créancier, de donner les directives nécessaires afin d'assurer qu'ils procèdent en commun ( ATF 121 III 488 consid. 2d). Le créancier cessionnaire a un devoir d'information et d'autres encore quant à l'utilisation du gain du procès, mais rien ne l'empêche de conclure à la condamnation du défendeur de payer directement en ses mains ( ATF 139 III 391 consid. 5.1).

#### **E. 4.1.3**

La faculté de faire valoir en justice, en son propre nom, le droit d'un tiers est une condition de recevabilité de l'action que le juge doit examiner d'office. Il doit contrôler en particulier, sur la base de la formule 7F, que le droit de procéder appartient (encore) aux (seuls) créanciers qui agissent devant lui. Si tel n'est pas le cas, il ne doit pas entrer en matière sur la demande déposée par une partie seulement des créanciers cessionnaires (arrêt 5A\_344/2018 précité consid. 4.1.2 et les références, destiné à la publication).

#### **E. 4.2.1**

Il appartient à l'autorité de surveillance en matière de poursuite pour dettes et de faillite, et non au juge du fond de l'action, de contrôler la légalité de la décision de cession prise par l'administration de la faillite. Dans la procédure intentée par le créancier cessionnaire, le

juge se borne à constater que la légitimation du demandeur résulte d'une telle cession ( ATF 132 III 342 consid. 2.2.1). En effet, la cession n'est qu'une mesure de liquidation de la faillite ( art. 252 ss LP ) qui relève de la compétence de l'administration ( art. 240 LP ), qui se doit de défendre les intérêts de la masse et est soumise à l'autorité de surveillance. La décision de cession relève de la procédure, et non du droit matériel. Il s'agit en effet de statuer sur le droit d'un créancier à conduire le procès, et non sur sa légitimation, étant précisé que, du point de vue actif, seule la masse revêt cette qualité (PETER, Commentaire de l'arrêt de la Chambre de surveillance des OPF de la Cour de justice du canton de Genève, du 14 juin 2012,

in BLSchK 2013 p. 82 [85]).

#### **E. 4.2.2.1**

De jurisprudence constante, est considérée comme inadmissible la cession des droits à un cessionnaire qui est lui-même débiteur des droits cédés. Ce débiteur ne peut pas non plus succéder aux droits résultant de la cession au profit d'une tierce personne dont il aurait repris l'actif et le passif. Le motif de cette interdiction est que l'exécution du mandat conféré en vue du procès est considérée comme impossible et, surtout, que le débiteur ne peut pas prétendre à un droit de préférence sur le produit d'un éventuel procès (cf. surtout ATF 39 I 461 consid. 1). Cette question doit faire l'objet d'une plainte auprès de l'autorité de surveillance, compétente en la matière ( ATF 138 III 628 consid. 5.5; 113 III 135 consid. 3b; 107 III 91 consid. 2; 54 III 209 [211 s.]); 39 I 461 consid. 1; 34 III 85 [95 s.]; arrêt 7B.18/2006 du 24 avril 2006 consid. 3.1; cf. aussi, décision du

Handelsgericht de Zurich du 20 août 2012, consid. 5.4, publié

in CAN 2012 (85) p. 223; décision de la Chambre des poursuites et faillites du Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg du 3 décembre 1978, consid. 4b, publié

in RFJ 1978 p. 65).

En revanche, le Tribunal fédéral a précisé qu'il n'appartient ni à l'administration de la faillite ni à l'autorité de surveillance d'empêcher l'exécution de prétentions fondées sur le droit matériel en refusant de délivrer un acte de cession; seul le juge est compétent pour trancher les questions de fond (ATF 107 III précité). C'est ainsi qu'il a jugé qu'il appartient au juge, et non à l'autorité de surveillance, de déterminer si une société mère peut faire valoir une prétention contre sa société fille (ATF 138 III précité) ou si une société en nom collectif peut faire valoir une prétention en responsabilité contre un administrateur d'une société anonyme qui est en même temps membre de ladite société en nom collectif (ATF 107 III précité).

#### **E. 4.2.2.2**

La doctrine majoritaire suit ce point de vue (AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9

ème éd., 2013, § 47 n° 50; BAUER,

in Basler Kommentar, SchKG, Ergänzungsband zur 2. Auflage, 2017, ad n° 30 ad art. 260 LP ; BÜRGI,

in Kurzkomentar SchKG, 2

ème éd., 2014, n° 8 ad art. 260 LP ; GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Art. 159-270, 2001, n° 43 ad art. 260 LP ; MARCHAND, Précis de droit des poursuites, 2

ème éd., 2013, p. 164 s.; PETER,

op. cit. , p. 84 s.; SCHLAEPFER, Abtretung streitiger Rechtsansprüche im Konkurs, thèse, 1990, p. 89 s.; SCHOBER,

in SK Kommentar SchKG, 4

ème éd., 2017, n° 4 ad art. 260 LP ; TSCHUMY, Quelques réflexions à propos de la cession des droits de la masse au sens de l' art. 260 LP ,

in JdT 1999 II p. 34 ss [39, 41 s.]; WALDER/KULL/KOTTMANN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, tome II, Art. 159-292, 4

ème éd., n° 5 ad art. 260 LP ). Un auteur va toutefois, en se fondant sur l' art. 2 CC , jusqu'à prétendre que la cession est de même illicite, et l'autorité de surveillance également compétente pour en juger, si elle est faite au profit d'une personne proche du débiteur, sans préciser toutefois cette notion (BERTI,

in Basler Kommentar, SchKG II, Art. 159-352, 2

ème éd., 2010, n° 30 ad art. 260 LP ).

Se fondant sur l' ATF 107 III 91 précité, une minorité d'auteurs s'écarte de ce point de vue s'agissant de la compétence pour trancher cette question. La question de savoir si le créancier cessionnaire est débiteur de la prétention cédée, ou proche de celui-ci, relèverait ainsi du seul juge saisi de la prétention litigieuse qui l'examinera notamment sous l'angle de l'abus de droit (JEANNERET/CARRON,

in Commentaire romand, Poursuite et faillite, 2005, n° 17 ad art. 260 LP ).

### **E. 4.2.3**

Au vu de la controverse doctrinale au sujet de la compétence pour trancher la question de la qualité de débiteur du créancier cessionnaire issue, en particulier de la formulation de l' ATF 107 III 91 , notamment son considérant 2 et son " regeste " , il y a lieu de préciser la jurisprudence sur ce point.

La décision de cession de créance est une décision formelle qui relève du droit des poursuites et de la faillite. L'administration de la faillite, puis, sur plainte ( art. 17 LP ), l'autorité de surveillance, statue à ce sujet en se fondant sur l'état de collocation, pour déterminer les créanciers, et sur l'inventaire qui constate formellement l'étendue de la masse active, pour déterminer la créance cessible ainsi que son débiteur. La réalisation, sous la forme d'une action intentée par les créanciers cessionnaires, est précisément destinée à faire valoir les droits et prétentions figurant à l'inventaire (STOFFEL/CHABLOZ, Voies d'exécution, 3

ème éd., 2016, n° 56 et 63). Si, sur cette base, l'administration de la faillite constate que le créancier figurant à l'état de collocation qui demande la cession de la créance est lui-même le débiteur de celle-ci mentionné à l'inventaire, elle doit la refuser au motif qu'une telle cession est d'emblée contraire aux intérêts de la masse (cf.

supra consid. 4.2.2.1).

En revanche, si la qualité du débiteur figurant à l'inventaire est contestée au motif que le créancier cessionnaire, pourtant formellement distinct, se confond matériellement avec lui, cette question ne relève plus de la compétence de l'administration de la faillite mais de celle du juge du fond. En effet, il s'agit alors de statuer sur la légitimation passive, question qui relève du droit matériel et qui ne concerne pas la cession au sens de l' art. 260 LP . Comme l'a jugé le Tribunal fédéral, l'administration de la faillite n'est pas compétente à cet égard et elle ne peut pas préjuger de cette décision ou la soustraire au juge par le biais de l'acte de cession. Si le juge constate sur la base du droit matériel que le débiteur qui figure à l'inventaire sous la forme d'une personnalité juridique distincte du créancier cessionnaire se confond en réalité avec celui-ci, il ne peut pas, pour sa part, modifier l'acte de cession qui reste valable selon les règles de la LP. Vu que les créanciers cessionnaires ne sont pas tenus d'adopter une conduite unique du procès et qu'ils sont en droit de diriger leur action contre l'un d'eux s'ils prétendent que ce dernier doit répondre de la dette (cf.

supra consid. 4.1.2), le fait que la cession ne crée qu'une consorité nécessaire suffit en principe à protéger efficacement la masse active du comportement divergeant d'un des créanciers cessionnaires qui entend la représenter. Au besoin, si le juge estime que ces inconvénients de procédure sont tels qu'ils empêchent l'exercice du droit matériel, il peut alors, en application des règles sur l'abus de droit ( art. 2 CC ; ATF 107 III 91 consid. 3b in fine ), rendre une décision constatant l'impossibilité d'exécuter le mandat procédural; cette décision permettra alors à l'administration de la faillite de réaliser la créance conformément à l' art. 256 LP (cf. art. 260 al. 3 LP ). Il convient toutefois de se montrer restrictif à cet égard. L'abus de droit devrait notamment être admis en cas d'application du principe de la transparence, si le juge établit que l'un des créanciers cessionnaires devra répondre par son propre patrimoine de la prétention litigieuse, ou encore si le créancier est le seul cessionnaire de la masse et qu'il entend manifestement empêcher celle-ci d'obtenir gain de cause au procès au vu des liens qu'il entretient avec le débiteur.

En résumé, l'administration de la faillite est compétente pour refuser l'acte de cession au créancier qui figure lui-même comme débiteur de cette prétention litigieuse à l'inventaire. En revanche, il appartient au juge du fond de statuer définitivement, sur la base du droit matériel, sur la question de savoir qui est le débiteur de cette prétention. Si, suite à cet examen, le débiteur qui figure formellement à l'inventaire n'est pas celui de la prétention litigieuse parce que l'est en réalité un des créanciers cessionnaires, le juge ne peut pas modifier l'acte de cession mais seulement, s'il l'estime nécessaire, en refuser l'exécution en application de l' art. 2 CC .

#### **E. 4.3**

En l'espèce, l'intimée ne figure pas à l'inventaire comme débitrice de la prétention litigieuse en responsabilité, celle-ci étant dirigée contre deux autres entités juridiques. C'est donc à raison que l'autorité de surveillance a jugé que l'acte de cession en faveur de l'intimée était conforme à l' art. 260 LP .

Il suit de là que le grief doit être rejeté.

#### **E. 5**

En définitive, le recours est rejeté. Les frais judiciaires, arrêtés à 1'500 fr., sont mis solidairement à la charge des recourantes qui succombent ( art. 66 al. 1 LTF ). Celles-ci devront, solidairement, le montant de 2'000 fr. à D. \_\_\_\_\_ SA à titre de dépens ( art. 68

al. 1 LTF ). Ce montant sera versé directement à l'intimée au moyen des sûretés, ces dernières étant pour le reste restituées aux recourantes. Les autres parties intimées, qui ont renoncé à répondre, n'ont pas droit à des dépens.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.