

GE_GERICHTE A/47/2015 vom 25. März 2015

GE Cour de justice, 2015-03-25, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_47_2015

FR: GE_GERICHTE A/47/2015 du 25 mars 2015

IT: GE_GERICHTE A/47/2015 del 25 marzo 2015

Regeste

RECUSA; COMSUR; CONCOR; REJET | LP.10; LP.13; LP.204; LP.a293; LP.293.D; LP.295; LP.a295.3; LP.298

Volltext

Genève Cour de Justice (Cour civile) Chambre de surveillance en matière de poursuite et faillites 25.03.2015 A/47/2015

RECUSA; COMSUR; CONCOR; REJET | LP.10; LP.13; LP.204; LP.a293; LP.293.D; LP.295; LP.a295.3; LP.298

A/47/2015 DCSO/133/2015 du 25.03.2015 (PLAINTE) , REJETE Descripteurs : RECUSA; COMSUR; CONCOR; REJET Normes : LP.10; LP.13; LP.204; LP.a293; LP.293.D; LP.295; LP.a295.3; LP.298 En fait En droit Par ces motifs RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE POUVOIR JUDICIAIRE A/47/2015-CS DCSO/133/15 DECISION DE LA COUR DE JUSTICE Chambre de surveillance des Offices des poursuites et faillites DU MERCREDI 25 MARS 2015 Plainte A/47/2015-CS formée en date du 30 décembre 2014 par M_____ SA . * * * * * Décision communiquée par plis recommandés du greffier du à : - M_____ SA c/o Me Olivier WEHRLI, avocat Rue de Hesse 8-10 Case postale 5715 1211 Genève 11. - M. F_____ . - Pour information : Tribunal de première instance (10 ème chambre – C/18198/2014-10) . EN FAIT A. a . Par requête du 29 août 2014, G_____ SA, l'organe de révision de M_____ SA, a saisi le Tribunal de première instance d'un avis au juge au sujet de cette société, en application des art. 725 al. 2 et 729 C CO.![endif]>![if> Cet organe de révision a fondé cet avis sur le fait que M_____ SA se trouvait dans une situation financière difficile, voire de surendettement, mais que son conseil d'administration n'entendait pas intervenir avant d'avoir finalisé des négociations avec certains créanciers, cela dans un contexte tendu. C'est le lieu de préciser que M. R_____ notamment, directeur de M_____ SA, faisait l'objet d'une plainte pénale pendante pour escroquerie, gestion déloyale et faux dans les titres, déposée à son encontre par FONDATION K_____. Par requêtes successives des 4 et 5 septembre 2014, cette dernière ainsi que les V_____, créancières de M_____ SA, ont requis du juge de la faillite que cette dernière soit mise en sursis concordataire provisoire. Par jugement JTPI/16357/14 , prononcé le 17 décembre 2014 par le Tribunal de première instance dans la cause C/18198/2014, M_____ SA a été mise au bénéfice d'un tel sursis concordataire provisoire. b. M. F_____ (ci-après : le commissaire), pa. FIDUCIAIRE X_____ à Genève, a été nommé commissaire audit sursis concordataire provisoire, cela pour une durée de quatre mois au plus, soit jusqu'au 17 avril 2015. Il a en outre été invité à déposer un premier rapport de ses constatations le 18 mars 2015 (ch. 10 dispositif), tout en étant autorisé à attendre, avant de commencer ses travaux, le versement par M_____ SA de l'avance de 40'000 fr. destinée à couvrir ses frais dans le cadre du sursis provisoire en question (ch. 8 dispositif). A teneur de la motivation du

jugement JTPI/16357/14 précité du 17 décembre 2014, dont l'apport à la présente cause sera ordonné (art. 19 et 20 LPA), cette nomination n'a été précédée d'aucune interpellation quelconque des parties par le juge, en vue d'un consensus au sujet de la personne du commissaire à nommer, ledit juge ayant pris souverainement sa décision sur ce point. Le commissaire nommé a, par ailleurs, notamment reçu pour mission du juge du sursis concordataire provisoire de donner son approbation formelle et préalable à toutes les décisions du conseil d'administration de M_____ SA, en particulier celles impliquant l'aliénation ou l'engagement d'éléments de l'actif ou la création de nouveaux passifs, de surveiller le déroulement des activités de la société pendant la durée de ce sursis provisoire, de prendre toutes les mesures utiles à la conservation de ses actifs et de contrôler la couverture de ses charges d'exploitation, dans le respect du principe de l'égalité de traitement entre ses créanciers. Comme déjà mentionné, il a en outre été chargé de déposer, le 18 mars 2015 au plus tard, un rapport de son activité et de ses premières constatations, y compris son pronostic et ses conclusions sur les modalités concrètes d'un éventuel assainissement de M_____ SA dans la perspective d'un sursis définitif ou d'une sortie du surendettement ainsi que, le cas échéant, un plan d'assainissement détaillé ou une proposition de concordat. c. M_____ SA, qui avait contesté la réalisation de sa mise en sursis concordataire provisoire, a déposé devant le Tribunal fédéral, le 9 janvier 2015, un recours en matière civile à l'encontre du jugement JTPI/16357/14 précité du 17 décembre 2014, avec requête d'effet suspensif. Cet effet suspensif a été refusé par ordonnance du Président de la 2^{ème} Cour de droit civil du 29 janvier 2015, hormis s'agissant du paiement par M_____ SA de l'avance de frais de 40'000 fr. fixée par le Tribunal de première instance pour la couverture des frais et honoraires du commissaire. d. Dans l'intervalle, par courrier adressé le 19 décembre 2014 audit commissaire, M_____ SA l'avait invité à se récuser en qualité de commissaire au sens de l'art. 10 LP, en raison de ses liens allégués, « structurels et professionnels, actuels et passés », avec les créancières FONDATION K_____ et V_____ susmentionnées, ayant requis le sursis concordataire en cours. M_____ SA estimait en effet que l'indépendance du commissaire était susceptible d'être mise en cause, aux motifs, respectivement, que Mme L_____, membre du conseil de FONDATION K_____, avait travaillé au sein de la société B_____, pendant que le commissaire en était le Managing director et que, par ailleurs, X_____ SA Société fiduciaire, était l'organe de révision des V_____, autre créancière requérante. e. Par courrier de réponse du 23 décembre 2014, le commissaire a répondu que son indépendance, dans le cadre de ce mandat, ne pouvait être remise en cause et il a refusé de se récuser. En effet, il n'avait eu aucun contact avec Mme L_____, qui avait quitté B_____ en 2006, alors que lui-même, en 2014, ne travaillait plus dans cette entreprise depuis 2 ans. En outre, il n'avait aucun rapport contractuel avec X_____ SA, Société fiduciaire. B. a. Par acte expédié le 30 décembre 2014, M_____ SA a saisi la présente Chambre de surveillance des Offices des poursuites et des faillites (ci-après : la Chambre de surveillance) de la présente plainte contre ce refus du commissaire au sursis. M_____ SA conclut à l'annulation de ladite décision et, cela fait, au prononcé de la récusation de ce commissaire, qui devait être débouté de toutes autres conclusions. En se fondant sur des pièces qu'elle produit, elle fait valoir à l'appui de sa plainte, en résumé et en substance, que : - Le commissaire visé a suivi l'affaire W_____, dans laquelle les réviseurs B_____ étaient mis en cause et étaient défendus par le conseil actuel de FONDATION K_____ ; - Mme L_____, ancienne employée de B_____, est membre du conseil d'administration de FONDATION K_____ ; - En l'état, le groupe X_____ comprend notamment les sociétés X_____ SA et la

fiduciaire X_____ & ASSOCIES. M. P_____ est le vice-président de la première et l'administrateur de la seconde, ces sociétés travaillant en synergie au sein du groupe et dans les mêmes locaux; - Le commissaire est consultant de X_____ & ASSOCIES; - X_____ SA, Société fiduciaire, est l'organe de révision des V_____; - FONDATION K_____ et V_____ ont un organe en commun, en la personne de M. D_____, président de la première et membre de la direction de la seconde; Vu les différents liens énumérés ci-dessus, M_____ SA estime que l'apparence objective de prévention du commissaire - suffisante à sa récusation - découle de son contrat de mandat de consultant conclu avec X_____ & ASSOCIES, laquelle serait en réalité, si ce n'est une partie à la procédure de sursis concordataire provisoire, du moins « un tiers étroitement lié à une partie telle qu'une société sœur au sein d'un groupe », au sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral sur laquelle M_____ SA s'appuie (ATF 140 III 221 consid. 4.3.2). En effet, le commissaire mis en cause est lié contractuellement à une société, qui est elle-même étroitement liée à l'organe de révision des V_____, qui est l'une des créancières ayant requis le sursis concordataire ayant donné lieu à la nomination dudit commissaire. De même, l'apparence de prévention de ce dernier découle de son activité passée au sein de B_____ au regard des tensions entre M_____ SA et FONDATION K_____ sous-jacentes à la procédure de sursis concordataire provisoire en cours, l'indépendance du commissaire étant primordiale dans ce contexte. b. Par réponse du 4 février 2015, le commissaire a repris la teneur de sa décision querellée du 23 décembre 2014, qu'il a complétée, pièces à l'appui. Il a d'abord précisé que Mme L_____ n'avait plus aucun pouvoir de signature au sein du conseil de FONDATION K_____, par décision de l'autorité de surveillance de cette fondation. Il a ensuite relevé que X_____ SA, Société fiduciaire, n'était plus le réviseur des V_____ à compter de l'exercice 2014. Il a déposé à l'appui de cet allégué le procès-verbal d'une séance ordinaire du conseil d'administration des V_____, tenue le 7 novembre 2014, au cours de laquelle a été décidée la radiation de X_____ SA, Société fiduciaire, qui exerçait en qualité de réviseur jusque-là, Q_____ SA devenant le nouvel organe de révision des V_____. La requête correspondante a été expédiée le 20 janvier 2015 au Registre du commerce par le secrétaire général et la responsable des ressources humaines des V_____. Enfin, le commissaire a souligné que si le conseil actuel de FONDATION K_____ avait bien défendu l'un des réviseurs de B_____ dans le cadre de l'affaire W_____, terminée début 20xx, cette défense ad personam n'était toutefois pas susceptible de créer une apparence de prévention du commissaire, qui n'était, à l'époque, que le dirigeant de l'employeur de ce réviseur, mis en cause personnellement. Le commissaire a, au regard de l'ensemble de ce qui précède, conclu à l'absence d'un motif de récusation à son encontre au sens de l'art. 10 LP, en soulignant qu'il était décidé à agir en parfaite indépendance dans le cadre du sursis concordataire provisoire en question, cela «... de façon à sauvegarder autant les intérêts du débiteur que ceux des créanciers ». c. Par réplique du 18 février 2014, M_____ SA a souligné que la radiation du Registre du commerce de la société X_____ SA, Société fiduciaire, en qualité de réviseur aux comptes des V_____ était intervenue après le dépôt de la présente plainte. En outre, le commissaire au sursis refusait, selon M_____ SA, d'exercer sa mission, soit de donner son accord, respectivement, pour la restitution d'une cédule hypothécaire remboursée appartenant à une fondation tierce et au sujet d'ordres de paiement, dont la liste était jointe à cette réplique, sous prétexte que la situation était gelée, ce qui ne faisait que renforcer son apparence de prévention au préjudice de M_____ SA. d.a. Par duplique du 20 février 2014, le commissaire a, en substance, notamment contesté avoir refusé de remplir sa mission. Il a relevé à cet égard

qu'il n'avait pas reçu les justificatifs demandés à M_____ SA, dont il avait besoin pour prendre position sur le paiement des factures en cause échues, pour déterminer celles ayant trait à des prestations fournies avant le prononcé, le 17 décembre 2014, du sursis et qui faisaient partie du passif concordataire, ces factures devant dès lors être « gelées » dans le cadre de la procédure de sursis. Le commissaire a par ailleurs admis avoir annulé deux séances de travail visant notamment à finaliser la comptabilité 2014 de M_____ SA, prévues dans la semaine du 16 février 2015 avec M. R_____, lequel avait été en vacances du 9 au 13 février 2015, période durant laquelle l'accès aux locaux de M_____ SA avait été interdit audit commissaire, qui n'avait ainsi pas pu prendre copie des pièces nécessaires. En outre, le commissaire a précisé avoir pris connaissance du dossier reçu, procédé à l'analyse de la situation patrimoniale de M_____ SA et étudié les possibilités de préavisier un sursis définitif. Il a également déclaré avoir eu des contacts avec les requérantes du sursis concordataire provisoire, avoir envoyé un courrier, le 12 janvier 2015, au juge du sursis et, comptes rendus personnels à l'appui, avoir tenu plusieurs séances de travail avec M. R_____ et le conseil de M_____ SA. Enfin, le commissaire a relevé qu'il avait été convenu avec ces derniers, lors d'une séance de travail du 7 janvier 2015, que l'avocat de la fondation, tierce propriétaire d'une cédule hypothécaire remboursée, pouvait le contacter directement pour la restitution de cette cédule, s'il y avait urgence; en l'état toutefois, ce conseil ne l'avait pas contacté, ni d'ailleurs la FINMA qui devait être au courant de la procédure en cours. d.b. Ressortent en particulier des pièces produites par le commissaire à l'appui de ses écritures susmentionnées du 20 février 2014, les éléments suivants : A teneur du compte rendu du commissaire relatif à la séance de travail susmentionnée du 7 janvier 2015, M. R_____ avait dit lui avoir accordé sa confiance, tout en déclarant estimer qu'il était la « bonne personne ». Par ailleurs, selon le compte rendu d'une séance ultérieure du 16 janvier 2015, différents axes de travail avaient été évoqués entre M. R_____ et son conseil, d'une part, et le commissaire, d'autre part, le début de ces travaux étant prévu pour la semaine du 26 janvier 2015, cela nonobstant le recours pendant devant le Tribunal fédéral contre la décision de sursis concordataire provisoire. En outre, par courrier adressé le 12 janvier 2015 au juge du sursis provisoire, le commissaire l'avait informé qu'à l'issue de la première rencontre précitée du 7 janvier 2015, qui s'était déroulée dans un climat serein, les organes de M_____ SA étaient « aujourd'hui prêts à collaborer pleinement et en toute confiance dans le cadre du sursis provisoire, à condition que l'effet suspensif soit refusé ». Il ressort enfin de l'extrait du Registre du commerce relatif à FONDATION K_____ qu'à tout le moins avant le 20 décembre 2013, Mme L_____ ne fait plus partie du conseil de cette fondation. e. Par seconde réplique déposée le 16 mars 2015, M_____ SA a persisté notamment à dire que l'apparence de prévention du commissaire à son encontre, matérialisée par l'annulation de rendez-vous avec M. R_____ en février 2015, résultait du réflexe de rétorsion dudit commissaire induit par la présente procédure de plainte et le recours pendant devant le Tribunal fédéral à l'encontre du sursis concordataire provisoire. Étaient également des mesures de rétorsion du commissaire, selon M_____ SA, son refus de permettre la restitution d'une cédule hypothécaire remboursée à sa propriétaire et celui de payer des factures antérieures à l'octroi du sursis, alors que M_____ SA avait le droit de poursuivre son activité pendant la durée du sursis concordataire provisoire, le but étant de ne pas augmenter le nombre de ses créanciers en vue d'un assainissement. f. Par courrier des 17 et 18 mars 2015, la Chambre de surveillance a, respectivement, transmis cette seconde réplique au commissaire et informé les parties à la présente plainte que la cause était désormais gardée à juger. 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. 126 al. 2 let. c LOJ; art. 6 al. 1 et 3 et 7 al. 1 LaLP) contre des mesures des Offices non attaquables par la voie judiciaire (art. 17 al. 1 LP). ^{1.2} Sous l'ancien droit de l'assainissement (concordat) en vigueur jusqu'au 31 décembre 2013, la présente Chambre était également compétente, en tant qu'autorité cantonale de surveillance au sens de l'art. 13 LP (art. 6 LaLP), pour connaître des plaintes formées, par analogie en application de l'art. 17 LP, contre les mesures prises par un commissaire au sursis. En effet, l'art. 295 al. 3 LP, régissant notamment la nomination du commissaire au sursis, mentionnait expressément que les « articles 8, 10, 11, 14, 17 à 19, 34 et 35 s'appliquent par analogie au commissaire ». Dès lors, l'art. 10 LP, traitant de la récusation des employés des Offices, s'appliquait également à celle du commissaire au sursis, par la voie de la plainte 17 LP devant la Chambre de surveillance, dont la compétence à cet égard était reconnue (Gillieron, Commentaire, éd. 1999, ad art. 10 n° 18 et 295 n° 38; HARI, Le commissaire au sursis dans la procédure concordataire (art. 293ss LP), CCFI, 2011, n° 85; Gillieron, Poursuite pour dettes, faillite et concordat; 5^{ème} éd., 2012, n° 196). Cette extension de l'application de l'art. 10 LP au commissaire au sursis provisoire était d'ailleurs déjà implicite avant qu'elle ne devienne expresse, par renvoi de l'ancien art. 295 al. 3 LP. En effet, la jurisprudence et la doctrine avaient déjà appliqué audit commissaire, les règles de la récusation fixées par l'ancien art. 10 LP, en estimant que le but et l'esprit de cette norme faisaient entrer dans son champ d'application la personne de ce commissaire, qui se devait d'être impartiale (Hari, op. cit., n° 66, et les références citées). Aujourd'hui toutefois, le nouveau droit de l'assainissement, en vigueur dès le 1^{er} janvier 2014, reste totalement silencieux sur le principe même ainsi que les modalités de la surveillance du commissaire au sursis provisoire par l'autorité organisée au sens de l'art. 13 LP. En effet, le nouvel art. 295 LP a été reformulé par le législateur sans que l'ancien al. 3 de cette disposition ne soit repris, alors que l'avant-projet du groupe d'experts prévoyait de le conserver. Le Conseil fédéral a supprimé cet al. 3 dans son projet (FF 10.077; Message du 8 septembre 2010 relatif à une modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (droit de l'assainissement)) sans donner d'explications et il n'y a pas eu de discussion à ce sujet lors des débats au sein des Chambres. Il en découle que le droit du concordat actuel ne contient aucun renvoi express aux dispositions générales de la LP, notamment à ses art. 10 et 17 et ss LP traitant de la récusation des employés des Offices par la voie de la plainte et, par analogie, du commissaire au sursis, comme le faisait l'ancien art. 295 al. 3 LP. Toutefois, compte tenu des circonstances sus-évoquées, on peut penser qu'il n'y avait pas d'intention avérée du législateur de supprimer ce renvoi aux règles générales de la LP. C'est encore sans compter que le Message du Conseil fédéral précise expressément que la nouvelle institution de la commission des créanciers au sens de l'art. 295a LP est exclue pendant le sursis provisoire, de sorte qu'il n'est pas possible d'admettre une éventuelle compétence à cette commission des créanciers de récuser ledit commissaire audit sursis provisoire. Cette commission de créanciers semble d'ailleurs n'avoir que la vocation d'exercer une surveillance de type apparemment participatif sur les mesures prises par le commissaire au sursis définitif, sans exercer de pouvoir disciplinaire ou de décision sur une contestation au sujet d'une mesure prise par ledit commissaire. Enfin, l'art. 293d LP se borne à prévoir que l'octroi du sursis provisoire et la désignation d'un commissaire provisoire ne peuvent pas faire l'objet d'un recours, la volonté du législateur étant d'éviter de paralyser et de ralentir la procédure de sursis, sans que la nouvelle loi ne mentionne par ailleurs le principe et les modalités d'une récusation ultérieure du commissaire dans le cadre de ses activités pendant

le sursis. Cette procédure de récusation, en tant qu'il s'agit d'une garantie essentielle de l'impartialité du commissaire, ne saurait toutefois être implicitement empêchée par l'art. 293d LP. Par conséquent, devant le silence de la loi actuelle du concordat, qui occulte ainsi tout l'ancien pan des dispositions légales ayant expressément régi la surveillance du commissaire au sursis provisoire ainsi que, le cas échéant, sa récusation, la présente Chambre de surveillance est d'avis que l'ancien système légal découlant de l'art. a295 al. 3 LP reste applicable. On peut arriver à la même conclusion en qualifiant l'ancienne énumération de l'art a295 al. 3 LP de restrictive, de sorte que sa suppression, implicitement voulue par le législateur, aurait ouvert la voie à l'application au commissaire au sursis, sans aucune restriction cette fois dans le nouveau droit du concordat, de l'ensemble des dispositions légales générales de la LP, et en particulier de ses art. 10 et 17 et ss. Cet avis paraît conforté par les analyses de certains auteurs. Ainsi, Peter commente l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_864/2011 du 16 mars 2012 (in BISchK 2013 S.55) en tenant pour évident (« selbstverständlich ») que l'art. 10 LP s'applique à l'expert, alors même qu'il n'est pas expressément mentionné par cette disposition légale. Par analogie, on pourrait considérer que l'art. 10 LP s'applique aussi au commissaire au sursis concordataire provisoire et que l'art. 295 al. 3 aLP n'aurait été supprimé par le législateur que pour le motif qu'il était, en réalité, redondant, sans que ledit législateur ne remette, en définitive, en cause le principe de l'application des dispositions générales de la LP, dont celle des art. 10 et 17 LP, au commissaire au sursis provisoire, conformément à l'art. a295 al. 3 LP. De son côté, Spühler (in Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 6^{ème} édition, 2014, n° 80) considère le commissaire comme un organe atypique (« Atypische Organe ») de l'Office. Or, les fonctionnaires dudit Office sont clairement soumis à la surveillance de la présente Chambre, ainsi qu'aux principes de la récusation fixés par l'art. 10 LP, la question de cette récusation devant être portée devant la Chambre de surveillance par le biais de la plainte 17 LP. Dès lors, et par analogie là encore, le commissaire au sursis, pris en tant qu'organe atypique de l'Office, devrait-il aussi être soumis à ces dispositions générales de la LP. Enfin, selon Hari (in op. cit., n° 699), l'ancien art. 293 LP ne précisait pas si une décision judiciaire accordant un sursis provisoire était susceptible de recours. Il était cependant généralement admis qu'en tant que mesure conservatoire, cette décision n'était que difficilement attaquable. Le nouvel art. 293 LP dit désormais expressément que la désignation d'un commissaire provisoire n'est pas susceptible de recours, que ce soit par le débiteur ou les créanciers. En revanche, ces derniers devraient pouvoir, indistinctement, se plaindre d'un éventuel conflit d'intérêts insurmontable du commissaire, qui aurait été inconnu lors de sa nomination ou négligé par le juge. Dès lors, et eu égard à l'absence d'un droit de recours à teneur expresse de l'art. 293 LP, les créanciers, les tiers intéressés disposant d'un intérêt pratique et actuel à agir, ou le débiteur, devraient pouvoir requérir la récusation du commissaire par la voie de la plainte auprès de l'autorité cantonale de surveillance, soit abstraitement, en démontrant un risque concret de lésion dû au manque d'indépendance et d'impartialité du commissaire, soit concrètement, en attaquant une décision dudit commissaire. Au vu de l'ensemble de ce qui précède, la Chambre de surveillance traitera la présente plainte, valant requête de récusation du commissaire au sursis concordataire provisoire, sous l'angle de l'art. 10 LP et conformément aux principes régissant la plainte au sens de l'art. 17 LP. 1.3 L'art. 10 LP exprime un principe général du droit, à savoir que nul ne doit être en même temps juge et partie et que le citoyen a droit à des autorités réellement indépendantes. L'acte accompli au mépris de l'art. 10 LP n'est toutefois qu'annulable (PETER, Edition annotée de la loi fédérale sur la poursuite pour

dettes et la faillite, éd. 2010, Stämpfli, ad art. 10). L'alinéa 4 de l'art. 10 LP prévoit en particulier qu'aucun employé de l'Office ne peut procéder à un acte lorsqu'il se trouve dans une situation de récusation, en particulier « lorsqu'il pourrait avoir une opinion préconçue dans l'affaire », soit lorsqu'il y a apparence de prévention de sa part (Gilliéron, op. cit., 1999, ad art. 10 n° 37 ss). L'art. 10 LP ne prévoit pas de procédure de récusation ni d'autorité compétente pour statuer sur une demande de récusation. Il est admis, cependant, que la participation d'un employé de l'Office, et partant du commissaire au sursis, à une procédure d'exécution forcée en violation de son devoir de se récuser, représente un motif d'annulation des décisions qu'il a prises, à faire valoir par la voie de la plainte (Gilliéron, op. cit., 1999, ad art. 10 n° 11). Pour le surplus, la plainte motivée doit être déposée par écrit, dans les dix jours de celui où le plaignant a eu connaissance de la mesure (art. 17 al. 2 LP ; 9a LaLP).

1.4 En l'espèce, la présente plainte, formée conformément à l'art. 17 LP et dirigée par la débitrice en sursis concordataire - qui a manifestement la qualité pour agir - contre le refus de se récuser du commissaire, formulé par courrier du 23 décembre 2014 en réponse à la demande de ladite débitrice, remplit par ailleurs les réquisits de forme susmentionnés, de sorte qu'elle est recevable.

2. 2.1 D'une manière générale, il doit y avoir récusation dès que, pour une raison ou une autre, il est plausible que l'intéressé puisse avoir une opinion préconçue, sans qu'il ne soit nécessaire de prouver qu'il en a effectivement une (art. 10 al. 4 LP; ATF 114 V 297 c. 4 in fine; ATF 103 Ib 137 -138 c. 2b). Le cas visé par l'art. 10 al. 1 ch. 4 LP n'est pas l'idée préconçue elle-même, la prévention, mais les circonstances objectives qui, considérées par un homme raisonnable, donnent l'apparence de la prévention, autrement dit des circonstances objectives dont on peut normalement déduire une idée préconçue. L'accent doit être mis sur la nécessité d'une justification objective (Gilliéron, op. cit., 1999, ad art. 10, n° 40 ; DCSO/235/2012).

2.2.1 En l'espèce, la Chambre de surveillance se doit d'abord de constater que le commissaire dont l'indépendance est mise en cause par la débitrice en sursis concordataire plaignante a été nommé souverainement par le juge ayant ordonné ce sursis, sans aucune intervention des parties, en particulier des créancières requérantes, avec lesquelles la plaignante reproche au commissaire d'entretenir des liens susceptibles d'altérer son indépendance. Vu l'absence d'intervention susmentionnée des parties dans son processus de nomination, le reproche du manque objectif d'indépendance fait au commissaire au sursis n'est dès lors pas fondé sous cet angle. Il ne l'est pas non plus à teneur des comptes rendus établis par ledit commissaire à l'issue de ses premières séances de travail des 7 et 16 janvier 2015 avec le conseil de la débitrice en sursis et son directeur, dont il ressort, d'une part, que ce dernier aurait expressément accordé sa confiance audit commissaire et aurait déclaré qu'il était la « bonne personne » pour occuper cette fonction, et, d'autre part, que les différentes mesures nécessaires pour la mise sur pied d'un concordat avaient ensuite été évoquées par les précités, le début des travaux envisagés ayant été prévu pour fin janvier 2015 nonobstant le recours de la débitrice pendant devant le Tribunal fédéral contre la décision la plaçant en sursis concordataire provisoire. Certes, ces comptes rendus ont-ils été établis par le commissaire lui-même. Il n'en demeure pas moins que leur teneur est corroborée par le courrier qu'il a adressé le 12 janvier 2015 au juge du sursis provisoire pour l'informer que la première rencontre précitée du 7 janvier 2015 s'était déroulée dans un climat serein, les organes de M_____ SA étant alors « ... prêts à collaborer pleinement et en toute confiance dans le cadre du sursis provisoire, à condition que l'effet suspensif soit refusé [par le Tribunal fédéral] ». Au vu de l'ensemble de ces éléments, la Chambre de surveillance estime pouvoir raisonnablement admettre que l'indépendance décisionnelle du commissaire

a paru à la plaignante susceptible, en définitive, d'être suffisante et appropriée, cela en janvier 2015 soit après le dépôt de sa présente plainte en décembre 2014. 2.2.2 Cela étant, la débitrice en sursis plaignante lui avait reproché, dans le cadre de cette plainte, un manque objectif d'indépendance dû à ses liens allégués « structurels et professionnels, actuels et passés », avec les créancières ayant requis le prononcé dudit sursis concordataire provisoire, auquel elle s'était d'ailleurs opposée. Toutefois, au regard des faits de la cause, elle ne pourra être suivie dans cette voie. Le commissaire n'a, en effet, eu aucun lien contractuel personnel avec le défenseur ad personam d'un des réviseurs employés par l'entreprise qu'il dirigeait à l'époque de la procédure dite « W_____ ». Dès lors, le fait que ce conseil soit, aujourd'hui, celui d'une des créancières requérantes ne paraît pas pertinent sous l'angle de l'indépendance dudit commissaire. Par ailleurs, Mme L_____, ancienne employée jusqu'en 2006 de B_____, que le commissaire dirigeait à l'époque mais au sein de laquelle il dit n'avoir eu aucun contact avec la précitée, a peut-être été membre du conseil de fondation d'une des créancières requérantes. Toutefois, cela n'a plus été le cas déjà avant le 20 décembre 2013, selon l'extrait du Registre du commerce produit par le commissaire en réponse à la présente plainte. En outre, Mme L_____ n'apparaît en aucune manière dans le cadre de la procédure ayant abouti à la mise en sursis concordataire de la plaignante en décembre 2014, ce qui s'explique d'ailleurs par le fait qu'elle ne comptait alors déjà plus parmi les organes d'une des créancières requérantes. Dès lors, la Chambre de surveillance peine à discerner en quoi Mme L_____ serait susceptible d'avoir une influence quelconque sur le sens des décisions prises ou à prendre par le commissaire au sursis. De même, ce dernier, s'il est contractuellement lié avec la société X_____ & ASSOCIES pour une activité de consultance, ne l'est pas du tout - du moins la plaignante ne l'allègue-t-elle pas - avec la société X_____ SA, Société fiduciaire, appartenant au même groupe. Cette dernière société a, de surcroît, été dessaisie de sa fonction d'organe de révision des V_____, par décision du conseil d'administration desdites V_____ du 7 novembre 2014, soit plus d'un mois avant la nomination du commissaire, par jugement du 17 décembre 2014. Le fait que la radiation de cet organe de révision au Registre du commerce est intervenue postérieurement à ce prononcé, le 20 janvier 2015, ne change rien à cette circonstance objective. Ainsi, l'apparence alléguée par la plaignante de prévention objective du commissaire à son encontre - suffisante à sa récusation - qui découlerait de son rapport contractuel de consultant avec X_____ & ASSOCIES, laquelle société serait elle-même « un tiers étroitement lié à une partie telle qu'une société sœur au sein d'un groupe » par le truchement de l'organe de révision de l'une des deux créancières requérantes du sursis concordataire en question, n'est-elle manifestement pas fondée au vu de ce qui précède. Pour le surplus, le fait que ces deux créancières ont un organe en commun n'est pas pertinent dans la présente cause, que ce soit au regard de la personne du commissaire ou de son indépendance vis-à-vis de ces deux créancières, tant il est vrai que ledit commissaire n'est manifestement pas concerné par leurs décisions prises dans le cadre de leurs organisations structurelles respectives. En conséquence de l'ensemble de ce qui précède, il n'y a pas lieu à récusation du commissaire sous l'angle de ses liens allégués par la débitrice plaignante avec les créancières requérantes qui ne sont, soit pas pertinents, soit pas démontrés. 2.2.3 En dernier lieu, ladite plaignante voit un signe de partialité, voire un réflexe de rétorsion du commissaire à son égard dans le fait qu'il a refusé, d'une part, de donner son accord au paiement par cette débitrice de factures de tiers, émises notamment pour des prestations fournies avant sa mise en sursis concordataire provisoire et, d'autre part, de restituer à une fondation tierce, une cellule hypothécaire remboursée appartenant à

cette dernière. 2.2.3.1 Contrairement à la faillite (art. 204 LP), l'octroi d'un sursis concordataire laisse au débiteur le pouvoir de disposer de ses biens et notamment la faculté de poursuivre son activité, sous la surveillance du commissaire (art. 298 LP; Stoffel, Voies d'exécution, § 12 n° 80 ss; Gilliéron, op. cit., 1999, ad Remarques introductives aux art. 293-304 n° 16 ss; DCSO/323/03). Les intérêts des créanciers ne sont pas méconnus pour autant. En premier lieu, le juge lui-même les prend en considération lorsqu'il octroie le sursis concordataire, notamment en entendant au besoin les créanciers et en évaluant les perspectives de concordat (art. 294 LP), puis lorsqu'il prend des mesures conservatoires (art. 293 al. 3 LP), qu'il définit les conditions du sursis qu'il précise, le cas échéant, les tâches du commissaire (art. 295 al. 2 let. c LP) ou qu'il restreint la liberté d'action du débiteur (art. 298 al. 1 phr. 2 LP; Stoffel, op. cit., § 12 n° 86; Gillieron, op. cit., 1999, ad art. 298 n° 10 ss). En second lieu, de par ses fonctions, le commissaire au sursis se soucie également de sauvegarder les intérêts des créanciers, en surveillant l'activité du débiteur (art. 295 al. 2 let. a et art. 298 LP) et en préparant un projet de concordat, en particulier en procédant à l'inventaire et à l'estimation des biens du débiteur, à l'appel aux créanciers et à la convocation de l'assemblée des créanciers, et en faisant rapport au juge du concordat (art. 295 al. 2 let. b et art. 299 à 304 LP ; GILLIERON, op. cit., 1999, ad Remarques introductives aux art. 293-304 n° 27 ss). 2.2.3.2 En l'espèce, il ressort du dispositif du jugement du 17 décembre 2014 que le Tribunal de première instance a voulu restreindre la liberté d'action de la débitrice en sursis plaignante, en confiant au commissaire la mission de donner son approbation formelle et préalable à toutes les décisions du conseil d'administration de ladite débitrice, en particulier celles impliquant l'aliénation ou l'engagement d'éléments de son actif ou la création de nouveaux passifs, de surveiller le déroulement des activités de cette société pendant la durée de son sursis concordataire provisoire, de prendre toutes les mesures utiles à la conservation de ses actifs et de contrôler la couverture de ses charges d'exploitation, dans le respect du principe de l'égalité de traitement entre ses créanciers. C'est ainsi en se conformant à l'injonction du juge du sursis que la débitrice a sollicité du commissaire l'autorisation de payer des factures émises par des tiers à son encontre et de restituer à sa tierce propriétaire une cédula hypothécaire remboursée. C'est toutefois également à juste titre que ledit commissaire n'a pas donné, en l'état, son accord aux paiements requis, pour n'avoir pas reçu les justificatifs demandés à la débitrice en sursis, qui lui étaient indispensables à teneur de la liste desdites factures produites par la débitrice. En effet, seuls ces justificatifs pouvaient permettre au commissaire de déterminer celles de ces factures ayant effectivement trait à des prestations fournies à la débitrice avant sa mise en sursis concordataire provisoire, ces créances de tiers faisant dès lors partie du passif concordataire. En outre, contrairement à ce que la plaignante a allégué, le non-paiement immédiat de ces factures n'augmentait pas le nombre des créanciers de cette débitrice en sursis, puisque leurs ayants droits, en les émettant, avaient d'ores et déjà acquis cette qualité de créanciers, qui leur permettait d'ailleurs de participer de plein droit aux délibérations relatives au concordat (art. 300 al. 1 LP). En outre, la débitrice n'a pas démontré en quoi le refus du commissaire de payer ces factures portant sur des prestations de tiers antérieures au prononcé du sursis l'aurait empêchée de poursuivre sa propre activité pendant ledit sursis. À ce stade, il y a lieu de relever, de surcroît, qu'en se risquant à donner, sans les justificatifs idoines en mains, son accord global au paiement des factures antérieures et postérieures au prononcé du sursis figurant pêle-mêle sur la liste produite par la plaignante, le commissaire aurait, sans conteste, pu porter atteinte au principe de l'égalité de traitement de l'ensemble des créanciers existants avant le prononcé

dudit sursis. Enfin, le commissaire a expliqué qu'il avait été convenu avec le directeur de la plaignante et son conseil, lors d'une séance de travail du 7 janvier 2015, que l'avocat de la fondation tierce propriétaire d'une cédule hypothécaire remboursée devait le contacter directement en vue de la restitution de cette cédule. Ce conseil ne l'ayant pas fait, le commissaire n'avait pas donné son accord au dessaisissement de cette cédule par la plaignante. Il a agi ainsi dans le cadre de ses prérogatives, sans que cela ne porte atteinte aux intérêts de la débitrice en sursis concordataire et sans que l'on ne puisse raisonnablement, dans ces circonstances, imputer une prévention quelconque du commissaire à l'égard de cette débitrice. Ainsi, là également, les reproches formés par cette dernière à l'encontre du commissaire au regard de l'indépendance de ce dernier ne sont pas fondés et ils ne peuvent en aucun cas justifier sa récusation. 2.3 Par conséquent, il n'y a pas lieu d'annuler la décision querellée du 23 décembre 2014 et d'ordonner la récusation de M. F_____, en sa qualité de commissaire au sursis concordataire provisoire prononcé à l'encontre de la débitrice plaignante par jugement du Tribunal de première instance du 17 décembre 2014. La présente plainte sera dès lors rejetée. 3. La procédure est gratuite (art. 61 al. 2 litt. a OELP). * * * * * PAR CES MOTIFS, La Chambre de surveillance : A la forme : Déclare recevable la plainte A/47/2015 formée par M_____ SA à l'encontre de la décision de refus de se récuser, prise le 23 décembre 2014 par M. F_____, commissaire au sursis concordataire provisoire ordonné par le Tribunal de première instance par jugement JTPI/16357/2014 prononcé le 17 décembre 2014. Au fond : Préalablement : Ordonne l'apport à la présente procédure A/47/2015 de la motivation de ce jugement JTPI/16357/2014 . Cela fait : Rejette la plainte A/47/2015. Siégeant : Madame Valérie LAEMMEL-JUILLARD, présidente; Monsieur Philipp GANZONI et Monsieur Mathieu HOWALD, juges assesseurs; Madame Véronique PISCETTA, greffière. La présidente : Valérie LAEMMEL-JUILLARD 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.

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