

GE_GERICHTE DCSO/396/2015 vom 17. Dezember 2015

GE Cour de justice, 2015-12-17, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_DCSO_396_2015

FR: GE_GERICHTE DCSO/396/2015 du 17 décembre 2015

IT: GE_GERICHTE DCSO/396/2015 del 17 dicembre 2015

Erwägungen

E. 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

- 5/13 -

A/3036/2015-CS

E. 1.2

La présente Chambre est également compétente, en tant qu'autorité cantonale de surveillance au sens de l'art. 13 LP (art. 6 LaLP), pour connaître de la récusation (art. 10 LP par renvoi de l'art. 241 LP) d'un administrateur spécial de la faillite nommé par la première assemblée des créanciers ou par voie de circulaire, si le quorum lors de cette première assemblée n'est pas atteint (art. 255a LP).

E. 1.3

A qualité pour porter plainte, tout destinataire de cette circulaire qui a, expressément ou par acte concluant manifesté son opposition à la proposition formulée dans une telle circulaire (GILLIERON, Commentaire, ad art. 255a n° 15).

En l'espèce, le plaignant a manifestement cette qualité, dès lors qu'il s'est expressément opposé, dans le délai imparti à savoir par courrier du 17 juin 2015, au principe d'une administration spéciale et, surtout, de la nomination de l'administrateur ad hoc proposé par l'Office. 2. 2.1.1 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. Cet art. 10 LP prévoit une récusation obligatoire dans les cas énumérés à son alinéa 1 chiffres 1 à 4 et l'acte accompli au mépris de ces dispositions n'est toutefois qu'annulable (PETER, Edition annotée de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, 2010, 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 (GILLIERON, Commentaire, ad art. 10 n° 37 ss). Il s'agit notamment d'assurer une activité objective des organes de poursuite et, plus particulièrement, d'éviter les conflits d'intérêts quand un agent public cantonal a des liens étroits, juridiquement et économiquement, avec une partie à la procédure d'exécution forcée (ATF 104 III 1, rés. in JdT 1980 II 19). Il suffit que les circonstances donnent l'apparence de la prévention et fassent redouter une activité partielle de l'organe en cause. Seules les circonstances constatées objectivement doivent être prises en considération (GILLIERON, op. cit, ad art. 10 n° 40). En d'autres termes, la seule apparence d'un possible conflit

d'intérêts suffit sans qu'il ne soit nécessaire de le prouver (DALLEVES, in CR-LP, ad art. 10 n° 8).

2.1.2 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 d'un administrateur spécial, à une procédure de liquidation d'une faillite en violation de son devoir de

- 6/13 -

A/3036/2015-CS se récuser, fonde un motif d'annulation des décisions qu'il a prises, à faire valoir par la voie de la plainte (GILLIERON, op. cit., ad art. 10 n° 11).

Pour le surplus, une telle plainte doit être motivée et déposée par écrit, dans les dix jours de celui où le plaignant a eu connaissance de la mesure à laquelle il s'oppose (art. 17 al. 2 LP; 9a LaLP).

C'est toutefois sans préjudice du droit de l'autorité de surveillance d'intervenir d'office en cas de violation crasse du devoir de récusation précité, cette violation étant constitutive d'un motif de nullité, comme la présente Chambre de surveillance a eu l'occasion de le dire dans le cadre d'une précédente décision (DCSO/235/2012).

L'ensemble de ce qui précède peut être appliqué mutatis mutandis à la décision des créanciers de la faillie de choisir la voie d'une administration spéciale de la faillite et de désigner un administrateur ad hoc, en application de l'art. 241 LP déjà mentionné.

2.2 En l'espèce, l'administrateur spécial dont la récusation est demandée a, certes, des liens contractuels, dans le cadre de leur étude d'avocats commune, avec le conseil ayant déposé, pour le compte de la société faillie - et vraisemblablement sur mandat de l'administrateur de la faillie, aujourd'hui plaignant dans le cadre de la présente procédure - la requête ayant abouti au prononcé de cette société.

Toutefois, ledit avocat pas plus que son étude en général, à teneur des observations de l'Office qui n'ont pas été contredites par le plaignant, n'ont fait valoir à ce jour une quelconque créance à l'encontre de la faillie, contrairement à ce qu'allègue ledit plaignant.

Il découle de ce qui précède que l'administrateur spécial en cause n'a aucun lien avec une partie - par hypothèse un associé créancier dans cette faillite - à la procédure de faillite pour la liquidation de laquelle il a été mandaté.

Partant, une violation crasse de son devoir de récusation par cet administrateur spécial ne peut être admise, de sorte que la Chambre de surveillance n'a pas à intervenir d'office en l'espèce pour statuer sur cette question.

2.3 Reste dès lors à déterminer si ce plaignant a déposé la présente plainte dans le délai légal de 10 jours dès sa prise de connaissance de la décision de nomination dudit administrateur, et, partant, du motif de récusation de ce dernier qu'il s'estime fondé à faire valoir.

Cette décision de nomination a été prise par le biais d'une procédure de circulaire adressée aux créanciers, valablement organisée par l'Office en application de

- 7/13 -

A/3036/2015-CS l'art. 255a LP à la suite de l'absence du quorum légal exigé pour la première assemblée desdits créanciers de la présente faillite, liquidée en mode ordinaire.

Dans ce cadre, ledit Office devait impartir un délai aux créanciers pour la communication de leur détermination au sujet de la proposition faite par circulaire et il devait aussi les informer de ce qu'ils disposaient d'un délai de 10 jours, le cas échéant, pour déposer une plainte à l'encontre de la décision prise par cette voie.

Reste à savoir quand et dans quelle communication l'indication de la voie de la plainte devait figurer (GILLIERON, op. cit. ad art. 255a n.12 et 13).

Comme déjà mentionné ci-dessus sous litt. 1.3, il ressort d'anciennes jurisprudences en la matière (ATF 54 II 123-124, JdT 1929 II 118; 69 III 20 et ss, JdT 1944 II 21 et ss) que seul a qualité pour porter plainte, celui qui, dans le délai imparti par la circulaire pour se déterminer, s'est opposé à la décision finalement prise, que ce soit expressément ou par acte concluant. Cette qualité n'appartient dès lors pas au créancier resté passif; on peut aussi attendre des destinataires de cette circulaire qu'ils se renseignent spontanément sur la décision prise, cela après l'échéance du délai précité.

Toutefois, certains auteurs plus récents ont tiré de ces jurisprudences la conclusion, d'une part, que la décision prise doit faire l'objet d'un procès-verbal de l'Office ou même, d'autre part, que l'administration doit communiquer par écrit (art. 34 LP) aux destinataires de la circulaire, le résultat du scrutin et la décision prise, l'indication de la voie de la plainte devant en tous les cas figurer dans cette communication (MERKT, CR-LP ad art. 255a n. 9; GILLIERON, op. cit. ad art. 255a n.14).

En l'espèce, interpellé par le plaignant, qui voulait recevoir une décision formelle résultant de la procédure de décision organisée par la voie de la circulaire du 9 juin 2015, l'Office lui a renvoyé cette circulaire elle-même.

Cela paraît discutable sous l'angle de la sécurité du droit. Il aurait pu, à tout le moins sous cet angle, établir un procès-verbal succinct des résultats de la consultation par voie de circulaire et de la décision ainsi prise, ce qui aurait clarifié la nouvelle situation juridique. Il aurait ainsi pu transmettre sans autre ce procès-verbal au plaignant pour faire suite à sa demande, comme il aurait aussi pu tout simplement, à l'échéance du délai imparti par cette circulaire, communiquer d'entrée de cause à tous ceux de ses destinataires qui s'étaient exprimés à son sujet, dont le plaignant, une communication les informant du résultat de la consultation, laquelle communication aurait pu clairement faire partir le délai de plainte à l'encontre de la décision prise.

En ne prenant pas la peine d'établir l'un ou l'autre de ces documents, ou à tout le moins le premier, l'Office a créé une nouvelle situation juridique floue, ne

- 8/13 -

A/3036/2015-CS permettant pas au plaignant de savoir comment faire valablement valoir son droit de plainte à l'encontre de la décision ayant abouti à cette situation.

Cette insécurité juridique ne saurait être opposée au plaignant au stade de la recevabilité de sa présente plainte, laquelle recevabilité sera dès lors admise en l'espèce.

Le plaignant est en effet réputé avoir valablement déposé sa plainte dans le délai légal de 10 jours dès la réception de la décision de l'Office du 25 août 2015 lui confirmant formellement la décision prise par la voie de la circulaire du 9 juin 2015, à laquelle il

s'oppose.

E. 3

et 7 al. 1 LaLP) contre des mesures des Offices non attaquables par la voie judiciaire (art. 17 al. 1 LP).

E. 3.1

Au fond, le plaignant fait valoir que l'administrateur spécial de la faillite, désigné par cette procédure de circulaire, doit être récusé en raison d'un conflit d'intérêts.

En effet, cet administrateur spécial, lui-même avocat, est l'associé d'une étude dans laquelle est également associé un premier avocat, qui avait requis la présente faillite pour le compte de la faillie (avis de surendettement) et qui serait, de surcroît, créancier dans cette faillite, pour y avoir produit sa note d'honoraires.

Ce second argument tombe toutefois à faux.

En effet, il ressort du dossier que ni ce premier avocat ni l'étude en question n'ont produit dans cette faillite.

Reste à examiner si les liens contractuels existant entre ces deux avocats précités doivent conduire à la récusation du second, en l'espèce.

E. 3.2

A la connaissance de la Chambre de surveillance, aucune décision judiciaire topique n'a été prise en matière de plainte 17 LP pour régler précisément cette question.

Il paraît dès lors utile d'examiner les principes généraux en vigueur au sein de la profession d'avocat et notamment ceux discutés dans une récente contribution (GRODECKI/JEANDIN, Approche critique de l'interdiction de postuler chez l'avocat aux prises avec un conflit d'intérêt, SJ 2015 II p. 107 et ss.) au sujet de l'interdiction du conflit d'intérêt prohibé par l'art. 12 litt. c de la Loi fédérale sur la libre circulation des avocats (LLC; RS 22).

Il apparaît que le champ d'application de cette disposition légale s'étend à toutes les activités professionnelles poursuivies par un avocat, pour autant qu'elles soient en lien direct avec cette profession, et non pas à ses seules activités typiques de nature judiciaire ou de conseil. De plus, s'il y a conflit d'intérêt, ce dernier rejaillit sur tous les avocats travaillant dans une même étude (GRODECKI/JEANDIN, op. cit. p. 109-110).

- 9/13 -

A/3036/2015-CS

En substance, après un examen de décisions importantes du Tribunal fédéral en la matière, les auteurs arrivent en outre à la conclusion que le juge n'écartera l'application de l'article 12 litt. c LLC que si les circonstances concrètes du cas d'espèce ne permettent de retenir ni l'existence d'un conflit d'intérêt ni celle d'un risque de survenance d'un tel conflit (GRODECKI/JEANDIN, op. cit. p. 125).

D'autres auteurs précisent les circonstances dans lesquelles une double représentation conduit à un conflit de mandats prohibé, notamment entre deux avocats associés dans la même Etude.

Il a été retenu en particulier que, de par la position délicate qu'il confère, le mandat de liquidateur expose un avocat au risque de double représentation prohibée, car il ne peut utiliser en faveur d'une partie des renseignements recueillis d'une autre dont il est également le mandataire. Il doit également garder à l'esprit qu'il n'assume pas la défense des intérêts particuliers d'un client spécifique mais qu'il est chargé d'un mandat en faveur d'une communauté au sein de laquelle les intérêts peuvent se trouver en totale divergence ou s'opposer à ceux dont l'avocat est chargé par ailleurs. À cela s'ajoute la collusion entre les informations que l'avocat peut recueillir en qualité d'organe, d'une part, et d'avocat d'autre part, les premières n'étant pas couvertes par le secret professionnel. La double représentation peut également intervenir dans le cas où les parties sont certes représentées par des avocats distincts mais exerçant au sein de la même étude en qualité d'associé. L'interdiction des conflits d'intérêts ne saurait ainsi se limiter à la personne même de l'avocat en cause mais s'étend à l'ensemble de l'étude ou du groupement auquel il appartient (VALTICOS, CR- LLCA, ad. art. 12, n. 156, 166 et 167). Pour admettre l'existence de mandats opposés au sein d'une même étude, il suffit qu'il existe la possibilité d'utiliser consciemment ou non, dans un nouveau mandat, les connaissances acquises antérieurement sous couvert du secret professionnel, dans l'exercice d'un premier mandat et il faut éviter toute situation potentiellement susceptible d'entraîner un tel conflit d'intérêts, étant précisé que la capacité de représentation affectant un avocat rejaillit sur ses associés (BOHNET, Les grands arrêts de la profession d'avocat, Neuchâtel 2010, p. 216 – 217, n. 20, 25; BOHNET /MARTENET, Droit de la profession d'avocat, Commentaire LLCA, p. 588-589, n. 1435 et ss.). Un conflit d'intérêts peut surgir non seulement en cas de représentation simultanée de deux parties ayant des intérêts divergents, mais également à défaut d'identité temporelle. Il n'existe en effet aucune interdiction de principe d'agir contre un ancien client. Cependant l'interdiction d'utiliser les informations obtenues à l'occasion du précédent mandat, qui découle du secret professionnel, peut impliquer le devoir de renoncer à un dossier. Il a toutefois également été retenu à cet égard que ne violent pas l'interdiction de la double représentation des avocats associés qui représentent chacun un défendeur pour autant que les moyens de défense invoqués soient communs et qu'aucun conflit d'intérêt n'existe à l'occasion

- 10/13 -

A/3036/2015-CS d'un procès en cours (BOHNET /MARTENET, op. cit. p. 587-588, n. 1433, 1438, 1439).

E. 3.3

En l'espèce, il ressort des faits de la cause que :

- un premier avocat a été constitué par l'administrateur de la faillie pour déposer l'avis de surendettement au juge ayant conduit au prononcé de la présente faillite;
- ce premier avocat n'a certes pas produit de notes d'honoraires dans la faillite, que ce soit en son nom ou au nom de l'Etude dans laquelle il est associé de longue date avec le second avocat, désigné comme administrateur spécial de la faillite par les créanciers. Ce second avocat, tout comme l'Etude en question, ne sont donc pas créanciers dans cette faillite;
- toutefois, l'administrateur de la future faillie, qui avait constitué le premier avocat précité en vue de déposer un avis de surendettement, lequel a abouti au prononcé de ladite faillite, est également le plaignant dans le cadre de la présente procédure de plainte. Il s'y oppose notamment à la désignation du second avocat comme administrateur spécial de cette faillite,

mandat au cours duquel ledit second avocat devra représenter les intérêts des créanciers;

- à ce titre, ce second avocat pourrait par hypothèse, en particulier, être amené à proposer auxdits créanciers l'inscription à l'inventaire de la masse en faillite une éventuelle prétention en responsabilité contre l'ancien organe de la faillie, soit précisément l'administrateur qui, précédemment, a constitué son associé, le premier avocat en vue du prononcé de la faillite.

Au vu de l'ensemble de ce qui précède et à la lumière des principes rappelés ci-dessus sous ch. 3.2, les circonstances du cas d'espèce conduisent la Chambre de surveillance à admettre qu'il y a lieu de prononcer la récusation de l'actuel administrateur spécial de la faillite.

En effet, de par sa position d'associé de longue date du premier avocat précité dans le cadre de leur Etude commune, il est de facto déjà placé, en tant qu'administrateur spécial de la faillite, dans une position de double représentation potentiellement prohibée, conjointement avec son associé, ancien avocat de l'administrateur de la faillie. En outre, sa position d'administrateur spécial lui impose de représenter les intérêts des créanciers formant la masse en faillite, circonstance susceptible de le conduire à une situation de conflit d'intérêts avec son associé. En effet, même si le mandat de ce dernier est terminé, cet associé avait, à l'époque, été mandaté par l'ancien administrateur de la faillie spécifiquement en lien avec la présente faillite et, de surcroît, par un organe de ladite faillie, susceptible à ce titre de faire l'objet d'une

- 11/13 -

A/3036/2015-CS action en responsabilité de la masse en faillite, dont concrètement, ledit administrateur spécial devra s'occuper des modalités dès son origine. Il apparaît dès lors que ces deux avocats associés ne peuvent en aucun cas être considérés comme ayant défendu ou défendant des intérêts communs ne fondant potentiellement aucun conflit d'intérêts, ce qui suffit à créer une situation de récusation.

Par conséquent, la présente plainte, fondée, sera admise et la récusation du second avocat, administrateur spécial de la faillite, prononcée.

E. 4

Eu égard à cette solution, la Chambre de surveillance suspendra jusqu'à droit jugé définitif sur la présente plainte (art. 14 LPA) la procédure parallèle A/2686/2015, dans le cadre de laquelle l'administrateur spécial a sollicité la fixation de son tarif/horaire.

E. 5

La procédure de plainte est gratuite, en ce sens qu'il est statué sans frais ni dépens (art. 20a al. 2 ch. 5 LP; art. 61 al. 2 let. a et 62 al. 2 OELP), sauf exception non réalisée en l'espèce.

La présente décision sera donc rendue sans allocation de frais ni dépens par la Chambre de surveillance. * * * * *

- 12/13 -

A/3036/2015-CS PAR CES MOTIFS, La Chambre de surveillance : A la forme : Déclare recevable la plainte formée par M. I_____ à l'encontre de la décision de l'Office prise le 25 août 2015 dans le cadre de la faillite de F_____ SA (F 2015 xxxxx8). Au fond : L'admet. Prononce par conséquent la récusation de Me M_____, avocat, en sa qualité d'administrateur spécial destiné par les créanciers de la faillite de F_____ SA (F 2015 xxxxx8). Déboute les parties de toutes autres conclusions. Cela fait : Suspend la procédure

parallèle A/2686/2015 jusqu'à droit jugé définitif sur la présente plainte. Siégeant : Madame Valérie LAEMMEL-JUILLARD, présidente; Monsieur Philipp GANZONI et Monsieur Denis KELLER, juges assesseurs; Madame Véronique PISCETTA, greffière.

La présidente : Valérie LAEMMEL-JUILLARD

La greffière : Véronique PISCETTA

- 13/13 -

A/3036/2015-CS 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.