

d) aa) Die Abtretung der Forderung an die Beschwerdeführerin hätte zur Folge, dass diese zur Durchsetzung des Anspruchs gegen einen der Partner klagen müsste. Da die Beschwerdeführerin parteifähig ist, wäre dies grundsätzlich möglich, und die Parteien wären in einem solchen Prozess nicht identisch, wie die Beschwerdeführerin zu Recht vorbrachte.

bb) Allerdings bedarf es für die Beschlüsse der Beschwerdeführerin der Zustimmung grundsätzlich aller zur Mitwirkung bei der Beschlussfassung berufenen Partner<sup>19</sup>; dass die Beschwerdeführerin in ihrem Gesellschaftsvertrag etwas anderes vorsieht, wurde nicht geltend gemacht. Selbst wenn der Gesellschaftsvertrag Mehrheitsbeschlüsse vorsähe<sup>20</sup>, könnte der Schuldner der Abtretungsforderung (welcher die Beschwerdeführerin auch im Beschwerdeverfahren vertritt) in seiner Eigenschaft als Gesellschafter die Eintreibung dieser Forderung durch die Beschwerdeführerin erheblich beeinflussen und seine eigenen Interessen – zum Nachteil der Konkursmasse – durchsetzen. Dies gilt hier insbesondere, weil lediglich zwei Gesellschafter an der Beschwerdeführerin beteiligt sind und sich die Mehrheit gemäss § 119 Abs. 2 HGB im Zweifel nach der Zahl der Gesellschafter berechnet, und zudem, weil ausgerechnet auch noch der Schuldner der Abtretungsforderung die Gesellschaft vertritt.

cc) Die Berufung der Beschwerdeführerin auf ihr Recht, die Abtretung verlangen zu können, erscheint unter diesen Umständen als rechtsmissbräuchlich und ist nicht zu schützen.

THURGAU, Obergericht, 16. November 2011 (= RBOG 2011, Nr. 19).

Bemerkung aus der Redaktion: hienach S. 84

**23). Art. 260 LP. – Le juge et non l'autorité de surveillance doit décider s'il convient de céder à un créancier une créance dont celui-ci est lui-même le débiteur.**

*Art. 260 SchKG. – Der Richter und nicht die Aufsichtsbehörde ist dafür zuständig, zu entscheiden, ob dem Konkursgläubiger eine Forderung der Masse abgetreten werden kann, deren Schuldner er selbst ist.*

*Art. 260 LEF. – Il giudice e non l'autorità di vigilanza è competente a decidere se possa essere ceduto a un creditore nel fallimento un credito della massa fallimentare, sia egli stesso debitore.*

### En Droit

1.1. La Chambre de céans est compétente pour statuer sur les plaintes formées en application de la LP (art. 13 LP; art. 125 et 126 LOJ; art. 6

<sup>19</sup> § 6 Abs. 3 PartGG i.V.m. § 119 Abs. 1 HGB.

<sup>20</sup> Vgl. § 119 Abs. 2 HGB.

al. 1 et 3 et 7 al. 1 LaLP) contre des mesures non attaquables par la voie judiciaire (art. 17 al. 1 LP).

La plainte doit être déposée dans les dix jours de celui où le plaignant a eu connaissance de la mesure (art. 17 al. 3 LP).

La cession des droits de la masse en faillite à un créancier admis à l'état de collocation est une mesure sujette à plainte; un autre créancier cessionnaire a qualité pour agir par cette voie.

Formée par ailleurs en temps utile, la présente plainte déposée le 9 mars 2012 est recevable.

2.1. La cession des droits de la masse, au sens de l'art. 260 LP, est un mode spécial de réalisation des actifs. Elle est prévue pour le cas où l'ensemble des créanciers renonce à la réalisation et elle sert à améliorer le produit de la réalisation revient en premier lieu aux créanciers du failli qui ont dû assumer le risque de conduire le procès, tandis que la masse ne reçoit que l'excédent (ATF 113 III 21, JdT 1989 II 67 et les jurisprudences citées).

La décision de l'administration de la faillite d'autoriser un intervenant colloqué, ou qui procède pour l'être, à ester en justice pour faire valoir un droit patrimonial du failli ou de la masse, en lieu et place de celle-ci, en son nom ou au nom de la masse, pour son compte et à ses risques et périls, est une décision unilatérale rendue sur réquisition. Chaque créancier porté à l'état de collocation a le droit de requérir et d'obtenir la cession aussi longtemps que sa créance n'a pas été écartée définitivement de l'état de collocation à la suite d'un procès intenté conformément à l'art. 250 LP. Si un créancier voit sa créance contestée dans le cadre d'un procès en contestation de l'état de collocation auquel il est partie, il pourra obtenir la cession au sens de l'art. 260 LP sous condition résolutoire qu'il perde ledit procès. (*Jean-Luc 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; *Pierre-Robert Gilliéron*, Commentaire, ad art. 260 n° 42 ss).

Le créancier sollicitant la cession ne peut l'obtenir lorsqu'elle porte sur une prétention dirigée contre lui-même (ATF 107 III 91 consid. 2, JdT 1983 II 119; *Jean-Luc Tschumy*, op. cit., p. 39 et les références citées).

Il appartient au juge – et non à l'administration de la faillite ou à l'autorité de surveillance – d'examiner les questions de fond telles que la prescription du droit cédé, la légitimation passive du défendeur à l'action ou la légitimation active du cessionnaire (*Jean-Luc Tschumy*, op. cit., p. 42; ATF 113 III 135, JdT 1990 II 90; ATF 107 III 91, JdT 1983 II 119).

Il en va en particulier ainsi de la question de savoir si les créanciers cessionnaires sont eux-mêmes débiteurs de la prétention cédée ou proches de ceux-ci (*Vincent Jeanneret/Vincent Carron*, CR-LP, ad art. 260 n° 17 citant l'ATF 107 III 91 précité; DCSO/75/2007).

2.2. En l'espèce, est discutée la question de savoir si l'Office pouvait refuser comme interdite à S, créancier admis à l'état de collocation, la cession d'une prétention, inventoriée dans la masse en faillite, en responsabilité contre ses anciens organes, dont faisait partie le même S.

Toutefois, au sens de la jurisprudence rappelée ci-dessus sous ch. 2.1., seul le juge saisi au fond de la prétention litigieuse cédée est compétent pour trancher cette question, qui touche à la légitimation active du créancier cessionnaire.

Au demeurant, la question à trancher est la même, que le créancier cessionnaire soit également un organe de la société faillie, et à ce titre personnellement débiteur potentiel de la prétention litigieuse cédée, ou que ce créancier cessionnaire soit proche de cet organe, comme dans le cas d'espèce tranché par l'ancienne Autorité de surveillance en 2007, où l'administrateur de la société anonyme, créancière cessionnaire, était simultanément l'un des organes de la société faillie recherchés en responsabilité.

Il s'ensuit que l'Office, en sa qualité d'administrateur de la faillite, n'était en l'espèce pas compétent pour se prononcer sur la validité ou non de la cession des droits de la masse et pour refuser celle requise par S, pas plus que ne l'est aujourd'hui la Chambre de céans, cette compétence étant réservée au juge du fond.

La plainte sera dès lors rejetée et la plaignante renvoyée à mieux agir devant ce juge du fond.

GENÈVE, Chambre de surveillance des OPF, 14 juin 2012.

### Anmerkung aus der Redaktion

(Obergericht des Kantons Thurgau, 16. November 2011; Cour de justice du canton de Genève, 14 juin 2012)

*Entscheidet der Richter – so das Obergericht des Kantons Genf – oder die Aufsichtsbehörde – so das Obergericht des Kantons Thurgau –, ob die Konkursmasse einem Gläubiger einen Anspruch zur Geltendmachung abzutreten hat?*

*Qui a la compétence de décider si l'administration de la faillite doit, conformément à l'art. 260 LP, céder une prétention à un créancier afin que celui-ci puisse la faire valoir: le juge (selon la décision de la Cour de justice de Genève) ou l'autorité de surveillance (selon la décision du Tribunal supérieur du canton de Thurgovie)?*

*È competente il giudice (come ha deciso la Cour de justice del Cantone Ginevra) o l'autorità di vigilanza (come ha stabilito l'Obergericht del Cantone Turgovia) a decidere sul diritto di un creditore alla cessione ex art. 260 LEF delle pretese cui la massa fallimentare abbia rinunciato?*

Die Ermächtigung des Konkursgläubigers, eine Forderung der Masse geltend zu machen, ist eine Verwertungsmassnahme. Art. 260 SchKG, dessen Marginale den Vorgang «Abtretung von Rechtsansprüchen» nennt – was aber keine Forderungsabtretung gemäss Art. 164 ff. OR ist, sondern nur die Ermächtigung zur Prozessführung – steht im Abschnitt

des Gesetzes über die Verwertung (Untertitel V., Verwertung, Art. 252 ff. SchKG). Und die Abtretung geschieht nicht zum ausschliesslichen Vorteil des Gläubigers, der sich ermächtigen lässt, den Anspruch geltend zu machen. Ergibt sich ein Überschuss, so muss der Gläubiger diesen der Masse erstatten (Art. 260 Abs. 2 SchKG). Verlangt niemand die Abtretung eines Anspruchs, den die Masse nicht geltend machen will, so ist dieser gemäss Art. 260 Abs. 3 SchKG nach Möglichkeit zu verwerten. Die Verwertung ist Sache der Konkursverwaltung (Art. 240 SchKG), unter Vorbehalt der Befugnisse der Gläubiger. Die Konkursverwaltung, auch die ausseramtliche (vgl. Art. 241 SchKG), untersteht der Aufsichtsbehörde. Die Konkursverwaltung muss die Interessen der Masse geltend machen und verteidigen (wiederum Art. 240 SchKG). Es ist daher nur natürlich, dass sie den Schuldner der Masse – der gleichzeitig Konkursgläubiger ist – nicht auch noch ermächtigt, die Forderung der Masse gegen ihn selbst geltend zu machen. Sein Interessenkonflikt hinderte diesen Gläubiger, für die Masse zu handeln, auch wenn er allenfalls notwendiger Streitgenosse eines weiteren Abtretungsgläubigers wäre. Und die Konkursverwaltung verletzte ihre Pflicht, die Interessen der Masse zu wahren. Da die Konkursverwaltung unter der Aufsicht der Aufsichtsbehörde steht und diese die Pflichterfüllung jener prüfen muss, ist die Beschwerde der richtige Weg, um den Entscheid der Konkursverwaltung anzufechten. Es geht um das Verfahren und nicht um materielles Recht. Es geht um das Konkursverfahren und nicht um das gerichtliche Verfahren. Zu entscheiden ist, ob ein Gläubiger zur Prozessführung ermächtigt werden, ihm die Forderung in diesem Sinne «abgetreten» werden kann. Das ist ein konkursrechtlicher Entscheid. Zu entscheiden ist nicht – anders als das Ausführungen und auch Zitate in den beiden Urteilen vermuten lassen –, ob der «Abtretungsgläubiger» im allfälligen Prozess aktivlegitimiert ist. Legitimiert ist die Masse (und nur diese Legitimation muss der Richter überprüfen), welche den Gläubiger aber ermächtigt, im eigenen Namen an ihrer Stelle den Prozess zu führen. Für das Konkursverfahren ist die Aufsichtsbehörde zuständig, der Richter dagegen, wie immer im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, für das materielle Recht.

Hansjörg Peter