

«personal representative» du droit anglais n'est pas un liquidateur officiel. Il n'y a donc pas de liquidation officielle. Dès lors, selon son texte, l'art. 49 LP doit s'appliquer, car il n'y a justement pas de liquidation officielle. Mais l'arrêt conclut: « ... l'art. 49 LP ne trouve pas application.» Où est l'erreur?

Hansjörg Peter

13.) Art. 260 LP. – Une cession des droits de la masse au sens de l'art. 260 qui intervient avant que l'état de collocation ne soit définitif reste valable si les autres conditions jurisprudentiels sont réalisées.

Art. 260 SchKG. – Die Abtretung von Rechtsansprüchen ist selbst vor Rechtskraft des Kollokationsplanes möglich, sofern die übrigen Voraussetzungen dafür eingehalten sind.

Art. 260 LEF. – La cessione dei diritti della massa dei creditori nel senso dell'art. 260 LEF è possibile anche prima che la graduatoria sia cresciuta in giudicato, a condizione che gli altri presupposti siano pure realizzati.

Extrait des considérants:

(...)

2. Dans sa plainte du 19 décembre 2017, A. SA reproche à l'Office d'avoir offert la cession des droits de la masse, puis d'avoir cédé ces droits, avant même d'avoir déposé l'état de collocation. Elle soutient que la cession ne peut intervenir qu'une fois l'état de collocation entré en force, le cas échéant après que les éventuelles contestations selon l'art. 250 LP aient été définitivement tranchées par les juridictions compétentes.

2.1 Lorsque la faillite est liquidée en la forme sommaire, l'Office, à l'expiration du délai de production, procède à la réalisation des biens appartenant à la masse au mieux des intérêts des créanciers et en observant les dispositions de l'art. 256 al. 2 à 4 LP (art. 231 al. 3 ch. 2 LP).

Outre la vente aux enchères et la vente de gré à gré, qui sont les modes usuels de réalisation des biens de la masse, 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).

De jurisprudence constante, le Tribunal fédéral considère qu'une cession n'est valable que si elle fait suite à une décision de la masse, c'est-à-dire de la majorité des créanciers, de renoncer à agir elle-même; il en va de même pour une offre de cession (ATF 134 III 75 consid. 2.3; 118 III 57

consid. 3; 113 III 137 consid. 3b). Comme il n'y a, dans la règle, pas d'assemblée des créanciers en cours de liquidation sommaire (art. 231 al. 3 ch. 1 LP), la décision de renonciation est, en principe, provoquée par voie de circulaire ou de publication aux créanciers (ATF 118 III 57 consid. 3). Dans un arrêt plus récent, le Tribunal fédéral a précisé que le critère déterminant est que les deux questions – renonciation de la masse à faire valoir une prétention et offre de cession des droits de la masse – soient bien distinctes et que la première précède la seconde. La proposition de renoncer à ce que la masse exerce ses droits et l'invitation à demander la cession de ces droits peuvent cependant figurer dans la même circulaire (ATF 136 III 75 consid. 3 et 4; arrêt du Tribunal fédéral du 26 avril 2012 5A_107/2012 consid. 4.4 et les références citées). La question doit être posée aux créanciers de façon explicite (*Jeanneret/Carron*, in CR LP, 2005, n° 7, 13 et 14 ad art. 260 LP).

2.2 La cession des droits de la masse est une forme spéciale de réalisation des actifs. Il s'agit d'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). Le créancier cessionnaire doit remettre celui-ci à l'Office, même s'il est constaté après la clôture de la faillite (ATF 127 III 526 consid. 3; 122 III 341 consid. 2).

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; *Gilliéron*, Commentaire LP, n° 15 ad art. 260 LP). 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 128 III 291 consid. 4; *Berti*, in BaK, SchKG II, 2^{ème} éd., 2010, n° 28 ad art. 260 LP; *Gilliéron*, *op. cit.*, n° 42 ad art. 260 LP; *Jeanneret/Carron*, *op. cit.*, n° 15 ad art. 260 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 (*Tschumy*, Quelques réflexions à propos de la cession des droits de la masse au sens de l'art. 260 LP, in JdT 1999 II 34 ss, 39; *Gilliéron*, *op. cit.*, n° 42 ss ad art. 260 LP).

2.3 En l'espèce, l'offre de cession du 20 novembre 2017 et la cession des droits de la masse du 8 décembre 2017 sont intervenues avant la publication du dépôt de l'état de collocation. Ce procédé contrevient à l'art. 49 OAO, qui prévoit que la communication de l'offre de cession aux créanciers «*sera faite en même temps que celle du dépôt de l'état de collocation*». Dans la mesure où la cession ne pourra intervenir qu'en faveur d'un créancier colloqué (ou d'un intervenant non colloqué ayant intenté le procès de l'art. 250 LP en temps utile), il est en effet judicieux et logique que la cession soit offerte, au plus tôt, à l'occasion du dépôt de l'état de collocation, voire dans les jours qui suivent.

La position de l'Office, qui a anticipé de plusieurs jours le dépôt de l'état de collocation – publié le 19 décembre 2017 – pour offrir de céder, respectivement céder les droits de la masse, est certes critiquable. Cela étant, il apparaît que les réquisits jurisprudentiels évoqués ci-dessus ont néanmoins été observés. Ainsi, à l'expiration du délai de production, l'ensemble des créanciers a eu l'occasion de se prononcer quant à la renonciation de la masse à faire valoir elle-même les droits cédés, à savoir les prétentions en responsabilité des organes de la faillie et l'action révocatoire contre A. SA. De même, les créanciers ont eu la possibilité de requérir la cession de ces droits, dans le cas où la majorité d'entre eux se rangerait au préavis de l'administration de la faillite. Au surplus, la même circulaire peut contenir la proposition de renoncer à ce que la masse exerce ses droits ainsi que l'invitation à demander la cession de ces droits. Il s'ensuit que la cession litigieuse n'est pas frappée de nullité et demeure valable, en dépit des informalités soulevées, avec raison, par la plaignante.

Il faut par ailleurs relever que la cession des droits de la masse du 8 décembre 2017, objet de la plainte, a nécessairement été consentie par l'Office à titre conditionnel, puisqu'elle a précédé la publication du dépôt de l'état de collocation. L'Office ne pouvait en effet pas savoir, à ce stade, si la collocation de l'un ou l'autre créancier serait litigieuse ou non, le délai de vingt jours de l'art. 250 al. 1 LP n'ayant – par définition – pas commencé à courir. Contrairement à ce que soutient la plaignante, cela n'invalide pas la cession pour autant. En effet, la jurisprudence et la doctrine admettent qu'un créancier colloqué est en droit de solliciter la cession des droits de la masse, même si sa créance fait l'objet d'une action en contestation de l'état de collocation; il n'est alors mis qu'au bénéfice d'une cession conditionnelle, qui devient caduque s'il perd le procès de collocation ou, à l'inverse, définitive, s'il le gagne (cf. *Gilliéron*, *Poursuite pour dettes, faillite et concordat*, 5^{ème} éd., 2012, p. 477).

Au vu des considérations qui précèdent, la plainte de A. SA s'avère infondée, de sorte qu'elle sera rejetée.

A toutes fins utiles, la Chambre de céans invitera cependant l'Office à informer les créanciers colloqués dont la créance est contestée (art. 250 LP) que la cession des droits de la masse sera révoquée s'ils perdent le procès en contestation de l'état de collocation.