

**COUR DES POURSUITES ET FAILLITES**

---

---

Arrêt du 9 septembre 2011

---

Présidence de M. HACK, président  
Juges : Mme Carlsson et M. Sauterel  
Greffier : Mme Debétaz Ponnaz

\*\*\*\*\*

**Art. 22 al. 1 et 260 LP**

La Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal prend séance à huis clos, en sa qualité d'autorité cantonale supérieure de surveillance, pour statuer sur le recours interjeté par **M. \_\_\_\_\_**, à Poliez-Pittet, contre le prononcé rendu le 19 avril 2011, à la suite de l'audience du 1<sup>er</sup> février 2011, par la Présidente du Tribunal d'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois, autorité inférieure de surveillance, déclarant irrecevable la plainte formée par le recourant contre la décision de cession des droits de la masse prise par l'**OFFICE DES FAILLITES DE L'ARRONDISSEMENT DE LA BROYE ET DU NORD VAUDOIS**, dans le cadre de la faillite d'**I. \_\_\_\_\_ SA**.

Vu les pièces du dossier, la cour considère :

**En fait :**

**1. a)** M. \_\_\_\_\_ a été administrateur de la société I. \_\_\_\_\_ SA, à Yvonand, avec signature individuelle jusqu'au 12 janvier 2005, puis avec signature collective à deux.

Par contrat du 3 décembre 2002, complété par un avenant du 28 février 2005, I. \_\_\_\_\_ SA a acquis de la Masse en faillite de W. \_\_\_\_\_ SA - représentée par l'Office des faillites d'Yverdon-Orbe-La Vallée-Grandson, devenu l'Office des faillites de l'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois (ci-après : l'office) - l'entier des actifs industriels de cette société, en faillite depuis le 30 juillet 2002, à l'exception des immeubles, et s'est engagée à réaliser ces actifs dans les six mois et à s'acquitter envers l'office du prix de 7'000'000 fr. dans les six à douze mois suivant la signature du contrat.

**b)** La faillite d'I. \_\_\_\_\_ SA a été prononcée le 14 octobre 2005. Elle est traitée en la forme sommaire par l'office précité. M. \_\_\_\_\_ a produit dans cette faillite une créance de salaire, qui a été partiellement admise, soit à concurrence de 182'274 fr. 26 en troisième classe, l'administration de la masse ayant contesté le privilège de première classe.

Une plainte pénale a été déposée le 26 septembre 2006 par la Masse en faillite de W. \_\_\_\_\_ SA contre les anciens administrateurs d'I. \_\_\_\_\_ SA, pour abus de confiance et faux dans les titres en relation avec l'exécution du contrat précité du 3 décembre 2002.

Par lettre recommandée du 20 octobre 2006, l'office a avisé M. \_\_\_\_\_ du dépôt de l'état de collocation et du fait que l'administration

de la masse en faillite avait inventorié contre lui l'action en responsabilité des art. 752 ss CO [Code des obligations; RS 220].

Le même jour, l'office a fait paraître dans la Feuille des avis officiels (FAO) du canton de Vaud l'avis suivant :

"Faillite : I. \_\_\_\_\_ SA; But : [...]; Siège : [Yvonand].

L'état de collocation est déposé à l'office.

Délai pour intenter action en opposition au 9 novembre 2006, sinon l'état de collocation sera considéré comme accepté.

L'inventaire est également déposé.

Dans le même délai, les créanciers peuvent solliciter la cession des droits de la masse (art. 260 LP), au sujet des revendications de propriété admises par l'administration de la masse, ainsi que des droits admis (actions en responsabilité contre les administrateurs, fondateurs et autres organes et procès suspendus, selon l'art. 207 LP) par ladite administration. A défaut de procéder dans le délai fixé, les décisions deviendront exécutoires.

Yverdon-les-Bains, le 20 octobre 2006.

OFFICE DES FAILLITES D'YVERDON-ORBE-LA VALLEE"

Par lettre recommandée du 16 février 2007, intitulée "Cession des droits de la masse à teneur de l'art. 260 LP" et adressée aux conseils des cessionnaires Masse en faillite de W. \_\_\_\_\_ SA et [...] Sàrl, l'administration de la faillite d'I. \_\_\_\_\_ SA, soit l'office, a certifié que, par décision du 10 novembre 2006, la majorité des créanciers de la société avait renoncé à faire valoir elle-même les droits de la masse concernant l'action en responsabilité des art. 752 ss CO et qu'elle cédait ces droits aux deux sociétés susmentionnées, un délai au 16 février 2008 leur étant fixé pour agir.

Le 7 janvier 2008, la Masse en faillite de W. \_\_\_\_\_ SA a fait notifier à M. \_\_\_\_\_ un commandement de payer la somme de 7'000'000 fr. invoquant comme titre de la créance et cause de l'obligation : "Responsabilité en qualité d'administrateur et d'organe d'I. \_\_\_\_\_ SA - cession des droits de la masse - faillite d'I. \_\_\_\_\_ SA". Le poursuivi a formé opposition totale.

Le 18 février 2008, l'autre cessionnaire, [...] Sàrl, a requis du Juge de paix du district d'Yverdon qu'il procède à la conciliation préalable dans le cadre de l'action en responsabilité dirigée contre les organes d'I.\_\_\_\_\_SA. A l'issue de l'audience de conciliation, qui s'est tenue le 19 mai 2008 et à laquelle M.\_\_\_\_\_ était personnellement présent, le juge de paix a délivré à [...] Sàrl un acte de non-conciliation à l'encontre notamment du défendeur M.\_\_\_\_\_.

**c)** Le 23 décembre 2010, M.\_\_\_\_\_ a saisi le Président du Tribunal d'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois, autorité inférieure de surveillance, d'une plainte au sens de l'art. 17 LP [loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite; RS 281.1], se prévalant de sa qualité de créancier de la masse en faillite d'I.\_\_\_\_\_SA et concluant à la nullité de la décision prise le 10 novembre 2006 par l'administration de la faillite - c'est-à-dire l'office - de renoncer à faire valoir elle-même les droits de la masse relatifs à l'action en responsabilité des art. 752 ss CO contre les administrateurs et de céder ces droits à la Masse en faillite de W.\_\_\_\_\_SA et à la société [...] Sàrl. Il soutenait n'avoir eu connaissance de la publication dans la FAO du 20 octobre 2006 et de la décision de cession des droits de la masse que le 15 décembre 2010, dans le cadre de la procédure pénale dirigée contre lui sur plainte de la Masse en faillite de W.\_\_\_\_\_SA pour abus de confiance et faux dans les titres.

L'office s'est déterminé le 21 janvier 2011, concluant au rejet de la plainte pour tardiveté.

La cessionnaire Masse en faillite de W.\_\_\_\_\_SA a produit des déterminations le 24 janvier 2011, concluant à ce que la plainte soit écartée pour tardiveté et, dans tous les cas, rejetée.

Le plaignant a déposé une écriture complémentaire le 26 janvier 2011.

**2.** Par prononcé rendu sans frais ni dépens le 19 avril 2011, à la suite de l'audience du 1<sup>er</sup> février 2011, l'autorité inférieure de surveillance a déclaré la plainte irrecevable, considérant en bref que le plaignant avait eu connaissance de la cession des droits de la masse bien avant le 15 décembre 2010 et que sa plainte était par conséquent tardive.

**3.** Le plaignant a recouru par acte déposé le lundi 2 mai 2011, concluant principalement à l'admission du recours, à l'annulation du prononcé du 19 avril 2011 et au renvoi du dossier à l'autorité inférieure pour nouvelle décision dans le sens des considérants, subsidiairement à l'admission du recours et à la constatation de la nullité de la décision du 10 novembre 2006 et de la cession des droits mentionnée dans l'acte du 16 février 2007. Il a produit des pièces nouvelles.

L'office s'est déterminé par lettre du 20 mai 2011, dans le délai fixé aux parties intimées pour ce faire, se référant à ses déterminations de première instance et concluant au rejet du recours.

Dans le même délai, l'intimée Masse en faillite de W.\_\_\_\_\_SA s'est déterminée, le 30 mai 2011, concluant, avec suite de frais et dépens, au rejet du recours.

Le 16 juin 2011, le recourant a encore déposé des déterminations spontanées sur le mémoire de l'intimée.

### **En droit :**

**I.** Le prononcé attaqué a été notifié au recourant le 21 avril 2011. L'échéance du délai de dix jours pour recourir (art. 18 al. 1 LP et 28 al. 1 LVLP [loi vaudoise d'application de la LP; RSV 280.05]), tombant le dimanche 1<sup>er</sup> mai 2011, était reportée au lendemain, 2 mai 2011. Le

recours a donc été déposé en temps utile. Il comporte des conclusions - principales en nullité et subsidiaires en réforme - et l'énoncé des moyens invoqués (art. 28 al. 3 LVLP). Il est ainsi recevable formellement.

Les pièces nouvelles produites avec le recours sont également recevables (art. 28 al. 4 LVLP).

Les déterminations de l'office et de l'intimée sont recevables (art. 31 al. 1 LVLP).

La procédure de recours en matière de plainte ne prévoit pas de mémoire complémentaire ou de second échange d'écritures. Le Tribunal fédéral a toutefois implicitement dit que le droit cantonal s'effaçait devant l'art. 29 al. 2 Cst [Constitution fédérale du 18 avril 1999; RS 101], disposition constitutionnelle garantissant aux parties le droit d'être entendu, qui inclut, pour une partie à un procès, le droit de prendre connaissance de toute observation ou pièce soumise au tribunal et de se déterminer à son propos, que l'écriture ou le document contienne ou non de nouveaux éléments de fait ou de droit, ou qu'il soit ou non concrètement susceptible d'influer sur le jugement à intervenir (TF 4D\_94/2008 du 1<sup>er</sup> septembre 2008 c. 4.1). Les déterminations sur les arguments de l'intimée produites par le recourant le 16 juin 2011 sont donc recevables.

**II. a)** A l'appui de ses conclusions principales en nullité, le recourant fait notamment grief à l'autorité inférieure de surveillance de n'avoir pas motivé sa décision de refuser l'audition de témoins et d'avoir retenu dans son prononcé, de manière inexacte selon lui, qu'il avait retiré à l'audience sa requête tendant à l'audition de témoins.

Le grief de motivation insuffisante relève le cas échéant de la violation du droit d'être entendu. Ce droit est une garantie constitutionnelle de caractère formel, dont la violation entraîne l'annulation de la décision sans égard à ses conséquences matérielles,

autrement dit sans qu'il importe de savoir si le respect du droit d'être entendu conduirait à une modification de la décision attaquée (ATF 133 III 235, c. 5.3 in fine; ATF 121 III 331, c. 3 c, JT 1996 I 611; CPF, 12 novembre 2009/388). Cette jurisprudence est applicable à toutes les décisions judiciaires, donc aussi en matière de plainte LP. Le grief doit en conséquence être examiné en premier lieu.

Par lettre du 26 janvier 2011, le recourant a requis de l'autorité inférieure qu'elle entende trois créanciers de chacune des première, deuxième et troisième classes, afin de démontrer que tous les créanciers n'avaient pas été informés au préalable des intentions de la masse en faillite d'I. \_\_\_\_\_ SA et n'avaient pas eu l'occasion de se déterminer sur une éventuelle renonciation à faire valoir ses droits elle-même avant d'en offrir la cession. Le prononcé attaqué retient que, lors de l'audience, cette requête a été retirée. Au procès-verbal de l'audience de plainte du 1<sup>er</sup> février 2011, il est au contraire inscrit que le plaignant maintient sa requête d'audition de témoins, puis que le président l'informe qu'il ne donne pas suite à sa réquisition. Le prononcé attaqué est donc bien entaché d'une erreur sur ce point. Toutefois, cette erreur ne porte pas à conséquence, dans la mesure où le recourant a su à l'audience, selon le procès-verbal qui est un acte authentique et qui fait foi de son contenu jusqu'à preuve du contraire (art. 9 CC [Code civil suisse; RS 210]) – preuve ici non rapportée – que la mesure d'instruction requise était refusée.

Au surplus, le grief de motivation insuffisante n'est pas dirigé contre le prononcé lui-même, qui est motivé, mais contre la décision relative à la mesure d'instruction requise. En vertu de l'art. 23 LVLP, le président ordonne librement les mesures d'instruction qui lui paraissent nécessaires; il peut notamment décider d'entendre des témoins. Il était donc libre de refuser d'en entendre et l'absence de motivation de cette décision ne saurait entraîner la nullité du prononcé rendu sur la plainte.

Au demeurant, enfin, l'utilité – voire la nécessité – d'entendre des témoins est une question qui peut encore être examinée dans le cadre du recours et peut aboutir à une annulation de la décision entreprise si

une telle mesure d'instruction se révèle nécessaire (art. 32 al. 2 LVLP). En l'espèce, toutefois, cette mesure d'instruction n'était pas nécessaire, la question de fond soumise à la cour de céans étant une question de principe, soit la conformité à la loi et à la jurisprudence d'une consultation des créanciers par la voie de la publication sur la renonciation de la masse à exercer l'action en responsabilité et sur la cession de ses droits.

**b)** Le recourant soutient que les déterminations déposées en première instance par l'office étaient accompagnées d'une lettre du conseil de l'intimée Masse en faillite de W. \_\_\_\_\_ SA faisant directement part au préposé de ses arguments contre la plainte afin qu'il s'en inspire pour ses propres déterminations. Le recourant y voit une "connivence manifeste dont la régularité est douteuse". "

On ne discerne pas quel droit ou quelle garantie de procédure aurait été ainsi violée. Le préposé de l'office est lui-même chargé de la liquidation de la faillite de W. \_\_\_\_\_ SA. Le droit à l'égalité des parties et le principe du contradictoire, qui sont des droits de procédure reconnus (Hohl, Procédure civile, T. I, nn.899 ss) ne sont pas touchés par le fait que ces parties aient communiqué. L'indépendance et l'impartialité de l'autorité inférieure de surveillance, garanties par l'art. 6 § 1 CEDH [Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales; RS 0.101] (Hohl, op. cit., n. 73), ne sont pas non plus violées.

Les moyens de nullité du recourant doivent en conséquence être rejetés.

**III.**        **a)** Le recourant soutient à l'appui de son recours en réforme que la décision de la masse de renoncer à exercer elle-même l'action en responsabilité contre les anciens administrateurs d'I. \_\_\_\_\_ SA et de céder ses droits est nulle, parce qu'elle a été prise en violation de la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, qui impose à la masse en faillite d'accorder à tous les créanciers l'occasion de se prononcer sur la

renonciation de la masse à ses droits, avant de prendre une telle décision et de céder ses droits.

**b)** En vertu de l'art. 17 al. 2 LP, la plainte doit être déposée dans les dix jours dès celui où le plaignant a eu connaissance de la mesure. Il s'agit d'un délai de péremption dont le respect doit être vérifié d'office (Erard, Commentaire romand, n. 42 et 45 ad art. 17 LP et la jurisprudence citée). Selon l'art. 31 al. 1 aLP – dans sa version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010 qui est applicable en l'espèce, la plainte ayant été déposée le 23 décembre 2010 – le délai fixé par jour ne comprend pas celui duquel il court.

La communication, qui détermine le point de départ du délai de plainte, doit être régulière et doit revêtir le caractère d'une communication officielle et renseigner exactement le destinataire sur la date et les motifs de la décision ou de la mesure (Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, n. 204 ad art. 17 LP).

La régularité de la communication, tout comme la validité de la décision attaquée, pouvant déterminer le point de départ du délai de plainte, il convient d'examiner ces questions en premier lieu.

**aa)** Dans l'arrêt cité par le recourant (ATF 134 III 75), le Tribunal fédéral, se référant à sa jurisprudence constante, a dit que la cession des droits de la masse (art. 260 LP), de même que l'offre de cession, n'était valable que si elle faisait suite à une décision de la masse, c'est-à-dire de la majorité des créanciers, de renoncer à agir elle-même. Dans la liquidation ordinaire, la demande de cession doit être présentée dans le délai de l'art. 48 OAOF, qui fait suite à la seconde assemblée des créanciers au cours de laquelle la masse renonce le cas échéant à soutenir elle-même un procès (art. 253 al. 2 et 260 LP). Dans les faillites sommaires, toujours selon le même arrêt, comme il n'y a en général pas d'assemblée des créanciers, la décision de renonciation est en principe provoquée par voie de circulaire ou de publication aux créanciers. Il faut

en tous les cas, et sous peine de nullité, accorder à tous les créanciers l'occasion de se déterminer quant à une éventuelle renonciation avant d'offrir la cession des droits litigieux; la question doit leur être posée de façon explicite (ATF 134 III 75 précité, c. 2.3). Si la décision de la masse de renoncer à l'exercice de ses droits résulte implicitement de l'offre de cession de ces mêmes droits, cela ne satisfait pas aux exigences exposées ci-dessus (ibid., c. 2.4).

Dans un arrêt postérieur (TF 5A\_512/2010 du 10 novembre 2010), le Tribunal fédéral a confirmé que la voie de la publication était valable comme mode de communication pour interpeller les créanciers sur la renonciation.

**bb)** En l'espèce, contrairement à ce que soutiennent l'intimée et l'office, le contenu de la publication du 20 octobre 2006 n'est pas conforme aux exigences de la jurisprudence du Tribunal fédéral. Elle ne contient pas une interpellation adressée à tous les créanciers de se déterminer sur la renonciation – contrairement à ce qui était le cas dans l'arrêt précité (TF5A\_512/2010) où la formulation de la publication était différente. Faute d'interpellation des créanciers, il n'y a donc pas de décision prise par l'ensemble de ceux-ci. L'office ne soutient pas que la décision de la masse de renoncer à engager elle-même le procès résulterait de manière implicite de l'offre de cession contenue dans la publication critiquée – ce qui ne serait pas admissible (ATF 134 III 75 précité) –, mais invoque sa lettre du 16 février 2007 aux conseils des cessionnaires, qui se réfère à une décision du 10 novembre 2006, prise le lendemain de l'échéance du délai fixé dans la publication pour requérir la cession. Il semble ainsi soutenir que l'interpellation des créanciers sur la question de la renonciation était implicitement contenue dans l'offre de cession publiée. Cela n'est pas admissible non plus, la question de la détermination des créanciers sur la proposition de renonciation devant leur être explicitement posée (ibid.). Au surplus, si l'on suit l'office, la décision de la masse de renoncer à exercer ses droits serait ainsi postérieure à l'offre de cession de ces mêmes droits, ce qui est également contraire à la jurisprudence du Tribunal fédéral. Quoi qu'il en soit, il

apparaît sur la base du dossier que les créanciers n'ont jamais été interpellés, que ce soit par circulaire ou par publication, sur le principe de la renonciation de la masse à engager le procès contre les anciens administrateurs.

**cc)** Selon un arrêt déjà ancien du Tribunal fédéral (ATF 86 III 20), si la renonciation à faire valoir des prétentions n'est pas décidée par l'assemblée des créanciers ou par voie de circulation, mais par la seule administration de la faillite et qu'en revanche, la cession est offerte à tous les créanciers, les cessions ainsi opérées ne sont pas nulles, mais seulement annulables dans les dix jours dès la réception de la circulaire contenant l'offre de cession. C'est sur la base de cette jurisprudence que l'autorité inférieure de surveillance a déclaré la plainte du recourant irrecevable pour tardiveté.

Cette jurisprudence a toutefois été modifiée par l'ATF 134 III 75 précité, où le Tribunal fédéral a jugé que, lorsque les créanciers n'ont été interpellés ni par circulaire ni par publication sur le principe de la renonciation de la masse à soutenir l'action en responsabilité contre les anciens administrateurs et, par conséquent, en l'absence d'une décision de renonciation prise expressément ou tacitement par l'ensemble des créanciers, l'offre de cession contenue dans une publication est nulle et cette nullité peut être constatée d'office et en tout temps par les autorités de surveillance (art. 22 al. 1 LP; ATF 115 III 26, c. 1; ATF 118 III 57 c. 4).

Il résulte de cette jurisprudence que l'offre de cession faite par publication du 20 octobre 2006 et les cessions du 16 février 2007 sont nulles. Cette nullité devant être constatée d'office, la question de la tardiveté de la plainte est sans objet, dès lors qu'elle ne se pose que pour une décision annulable.

**c)** La question de la qualité pour porter plainte du recourant, soulevée par l'intimée, qui plaide que celui-là, étant défendeur à l'action en responsabilité des art. 752 ss CO, n'aurait de toute manière pas la

qualité de cessionnaire à cette action, est ainsi également rendue sans objet.

Au demeurant, toute personne dont les intérêts – quels qu'ils soient – peuvent être lésés par une décision ou une mesure de l'office a qualité pour porter plainte. Le recourant, en sa qualité de créancier et aussi, précisément, de défendeur potentiel à l'action en responsabilité des art. 752 ss CO, a ainsi qualité pour porter plainte.

**IV.** Il découle de ce qui précède que le recours doit être admis et le prononcé de l'autorité inférieure de surveillance réformé en ce sens que la plainte est admise et l'offre de cession faite par publication dans la FAO du 20 octobre 2006, la décision de renonciation à exercer les droits de la masse du 10 novembre 2006 et la cession de ces droits selon la lettre de l'office du 16 février 2007 sont déclarées nulles, l'office devant en premier lieu soumettre aux créanciers – par circulaire ou par publication – la question de la renonciation de la masse à agir.

Le présent arrêt est rendu sans frais ni dépens (art. 20a al. 2 ch. 5 LP, 61 al. 2 let. a et 62 al. 2 OELP).

Par ces motifs,

la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal,  
statuant à huis clos en sa qualité d'autorité cantonale  
supérieure de surveillance,

p r o n o n c e :

**I.** Le recours est admis.

**II.** Le prononcé est réformé en ce sens que la plainte de M. \_\_\_\_\_ du 23 décembre 2010 est admise, l'offre de cession faite par publication dans la Feuille des avis officiels du 20 octobre 2006, la décision de renoncer à exercer les droits de la masse en faillite d'I. \_\_\_\_\_ SA du 10 novembre 2006 et la

cession de ces droits selon la lettre de l'office du 16 février 2007 étant déclarées nulles.

**III.** L'arrêt, rendu sans frais ni dépens, est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, prend date de ce jour.

Il est notifié, par l'envoi de photocopies, à :

- M. M. \_\_\_\_\_,
- Me François Logoz, avocat (pour Masse en faillite de W. \_\_\_\_\_ SA),
- M. le Préposé à l'Office des faillites de l'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110). Ce recours doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les dix jours - cinq jours dans la poursuite pour effets de change - qui suivent la présente notification (art. 100 LTF).

Cet arrêt est communiqué à :

- Mme la Présidente du Tribunal d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois, autorité inférieure de surveillance.

La greffière :