



**POUVOIR JUDICIAIRE
GERICHTSBEHÖRDEN**

ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

**Tribunal cantonal TC
Kantonsgericht KG**

Rue des Augustins 3, case postale 1654, 1701 Fribourg

T +41 26 304 15 00
tribunalcantonal@fr.ch
www.fr.ch/tc

105 2018 94

Arrêt du 24 septembre 2018

Chambre des poursuites et faillites

Composition

Présidente : Catherine Overney
Juges : Adrian Urwyler, Dina Beti
Greffière : Valérie Iten

Parties

A. _____ AG, plaignante, représenté par Me Claude Lengyel,
avocat

contre

OFFICE CANTONAL DES FAILLITES, autorité intimée

Objet

Poursuite par voie de faillite (art. 159 à 196 LP)

Plainte du 14 juin 2018 contre la décision de l'Office cantonal des
faillites du 1er juin 2018

considérant en fait

A. Le 6, respectivement, le 29 septembre 2016, B. _____ SA a conclu un contrat d'entreprise n° ccc avec D. _____ SA, entrepreneur général du projet de construction. Ledit contrat est un contrat de sous-traitance concernant l'exécution de travaux de crépissage de façade du chantier susmentionné et prévoyant une rémunération de CHF 1'265'000.-. Dans le cadre dudit contrat, B. _____ SA a commandé du matériel auprès de A. _____ AG, qu'elle a fait livrer sur le chantier susmentionné.

Le 21 août 2017, A. _____ AG a déposé une réquisition de poursuite à l'encontre de B. _____ SA, cette dernière ne lui ayant plus effectué de versement. Le 28 août 2017, un commandement de payer n° eee a été notifié à B. _____ SA, suite auquel cette dernière a informé A. _____ AG qu'elle avait achevé les travaux ressortant du contrat de sous-traitance n° ccc, mais que D. _____ SA ne lui avait pas encore versé la totalité de la somme due selon ledit contrat. B. _____ SA a également requis de A. _____ AG le retrait de la poursuite n° eee. Le 31 août 2017, B. _____ SA et A. _____ AG sont parvenues à un accord, selon lequel A. _____ AG retirerait la poursuite n° eee, pour autant que B. _____ SA lui cède la créance de CHF 80'000.-, que cette dernière pouvait faire valoir contre D. _____ SA, et qu'une convention de paiement soit conclue.

Le 4, respectivement, le 6 septembre 2017, B. _____ SA et A. _____ AG ont conclu une convention de paiement, contenant la cession de créance de CHF 80'000.- contre D. _____ SA et fixant le montant des acomptes mensuels à CHF 13'104.75.

Le 2 octobre 2017, B. _____ SA a changé de raison sociale et est devenue F. _____ SA.

B. Le 6 novembre 2017, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de la Sarine a prononcé la faillite de la société F. _____ SA et chargé l'Office cantonal des faillites (ci-après: l'Office) de sa liquidation en la forme sommaire (art. 232 ss LP).

Dite société a pour administrateur B. _____, ayant la signature individuelle. Ce dernier a remis à l'Office, chargé de constituer la masse active, une liste de débiteurs au 30 novembre 2017, de telle sorte que l'Office a pu constater que F. _____ SA aurait des prétentions à hauteur de CHF 124'439.- à l'encontre de la société D. _____ SA, pour un chantier situé à Payerne, où D. _____ SA a été entrepreneur général.

Par courrier A du 4 janvier 2018, l'Office a requis de D. _____ SA le remboursement de ladite créance de CHF 124'439.-.

Le 12 janvier 2018, l'Office a effectué l'appel aux créanciers par publication officielle.

C. Le 22 mars 2018, D. _____ SA a adressé un courrier à l'Office contestant la créance de CHF 124'439.-, aux motifs que deux décomptes avaient été établis par F. _____ SA le 24 octobre 2017, respectivement, le 8 novembre 2017 (le premier décompte ne tenant pas compte d'une déduction) et que, lors de la signature du décompte final, F. _____ SA avait renoncé à toute revendication financière envers D. _____ SA. Cette dernière a également informé l'Office que le décompte final contenait une cession de créance en faveur de A. _____ AG, datant du 6 septembre 2017. D. _____ SA a finalement ajouté qu'au vu de la faillite de F. _____ SA, la

facture de CHF 80'000.- n'avait pas encore été versée à A. _____ AG; et qu'elle n'avait pas reçu de facture finale de F. _____ SA, alors qu'un solde de CHF 26'550.- lui était encore dû.

Le 12 avril 2018, l'Office a adressé un courrier recommandé à D. _____ SA, lui interdisant formellement de verser un quelconque montant en faveur de A. _____ AG et requérant à nouveau le versement de la créance de CHF 124'439.-.

Le 18 avril 2018, D. _____ SA a adressé un courrier à l'Office, l'informant qu'elle avait reçu des revendications de A. _____ AG relatives à la créance de CHF 124'439.- et qu'elle refusait de s'acquitter de ce montant en faveur de la masse en faillite de F. _____ SA.

Le même jour, l'Office a reçu un courrier de A. _____ AG, par lequel cette dernière a notamment revendiqué une créance de CHF 80'000.-, sur la base de la cession de créance établie en sa faveur le 6 septembre 2017 par F. _____ SA.

Le 9 mai 2018, l'Office a contesté les prétentions de A. _____ AG, rappelant notamment les dispositions des art. 197 et 204 LP, à savoir que tous les biens saisissables du failli au moment de l'ouverture de la faillite forment une seule masse, indépendamment du lieu où ils se trouvent et sont affectés au paiement des créanciers; et que le failli perd le droit de disposer des biens de la masse, droit qui passe à l'administration de la faillite; et, enfin, que la cession par le failli à un tiers d'une créance future qui ne naîtrait qu'après l'ouverture de la faillite tombe dans la masse active, ce que l'Office considère applicable en l'espèce. Par conséquent, l'Office a invité A. _____ AG à produire dans la faillite avant le dépôt de l'état de collocation et lui a également imparti un délai de 10 jours pour lui transmettre ses moyens de preuve et/ou contester sa décision.

Le 21 mai 2018, A. _____ AG, par le biais de son conseil, a adressé un nouveau courrier recommandé à l'Office, dans lequel elle a contesté l'ensemble de ses considérations factuelles et juridiques du 9 mai 2018. En effet, A. _____ AG a fait valoir que l'Office n'était pas autorisé à disposer de la créance de CHF 80'000.- puisque cette dernière avait été cédée avant l'ouverture de la faillite. A. _____ AG a ajouté que ladite créance correspondait au matériel de construction qu'elle avait livré à F. _____ SA et qui avait été utilisé pour le chantier à Payerne, où D. _____ SA était entrepreneur général. Dès lors, ladite créance pouvait valablement être cédée, sans compter qu'elle était exigible et due bien avant la cession. Enfin, A. _____ AG a fait valoir que la cession, ayant eu lieu le 6 septembre 2017, avait été expressément mentionnée et reconnue dans le décompte final de D. _____ SA du 24 octobre 2017. Ainsi, A. _____ AG a indiqué à l'Office que ladite créance ne faisait pas partie de la masse active et qu'elle entreprendrait les démarches vis-à-vis de D. _____ SA afin d'obtenir le versement du montant de CHF 80'000.-.

Par courrier recommandé du 1^{er} juin 2018, l'Office a notamment décidé de maintenir sa contestation intégrale des revendications formulées sur la créance de CHF 80'000.- et d'inviter A. _____ AG à ouvrir action en constatation de ses prétentions auprès du Tribunal civil de l'arrondissement de la Sarine, tel que le prévoit l'art. 242 al. 2 LP.

Le même jour, l'Office a également adressé un courrier recommandé à D. _____ SA en vue d'obtenir le versement du montant de la créance de CHF 124'439.-, précisant que le montant de CHF 80'000.- litigieux resterait en consignation jusqu'à droit connu, soit en raison d'une éventuelle action de A. _____ AG à l'encontre de la masse en faillite.

D. Le 14 juin 2018, A. _____ AG a déposé une plainte, par le biais de son conseil, auprès de la Chambre de céans. Elle conclut, avec suite de dépens, à l'annulation de la décision de l'Office du 1^{er} juin 2018 adressée à A. _____ AG, en particulier la contestation intégrale de l'Office de la revendication de propriété sur la créance de CHF 80'000.- formulée par A. _____ AG selon l'art. 242 LP (chiffre 1 de ladite décision), le fait que l'Office considère que la créance de CHF 124'439.- est un actif de la masse en faillite et doit être affectée au paiement des créanciers selon les art. 197 ss LP (chiffre 2 de ladite décision) et le délai de 20 jours imparti par l'Office à A. _____ AG pour intenter une action en constatation de ses prétentions devant l'autorité judiciaire compétente (chiffre 4 de ladite décision). Elle conclut également à l'annulation de la décision de l'Office du 1^{er} juin 2018 adressée à D. _____ SA, en particulier la contestation intégrale de l'Office de la revendication de propriété sur la créance de CHF 80'000.- formulée par A. _____ AG selon l'art. 242 LP (chiffre 1 de ladite décision), le fait que l'Office considère que la créance de CHF 124'439.- soit un actif de la masse en faillite et doit être affectée au paiement des créanciers selon les art. 197 ss LP (chiffre 2 de ladite décision), l'interdiction faite à D. _____ SA de s'acquitter de la créance de CHF 80'000.- directement en faveur de A. _____ AG selon les art. 205 et 243 al. 1 LP (chiffre 3 de ladite décision) et, enfin, l'invitation faite à D. _____ SA de verser avec effet immédiat ladite somme auprès de l'Office (chiffre 4 de ladite décision). Elle requiert, en outre, l'octroi de l'effet suspensif et la notification de l'ordonnance accordant l'effet suspensif directement à D. _____ SA, en recommandé.

Le 19 juin 2018, D. _____ SA a informé l'Office par courrier que la créance de CHF 80'000.- resterait bloquée au sein de son entreprise jusqu'à droit connu quant à sa titularité.

Par ordonnance présidentielle du 21 juin 2018, la plainte a été munie de l'effet suspensif. Un délai de 20 jours a été imparti à A. _____ AG pour traduire sa plainte en français, ce qui a été fait le 6 juillet 2018.

E. Par courriers recommandés du 18 juillet 2018, l'Office a informé D. _____ SA et A. _____ AG qu'il renonçait à l'encaissement de la créance de CHF 80'000.-, restant en consignation auprès de D. _____ SA jusqu'à droit connu sur la plainte déposée par A. _____ AG, le 14 juin 2018 et qu'il annulait le délai de 20 jours imparti à A. _____ AG pour intenter une action en constatation de ses prétentions devant le Tribunal civil de l'arrondissement de la Sarine.

Par détermination du 25 juillet 2018, l'Office a conclu à l'irrecevabilité de la plainte s'agissant de la contestation de la revendication de propriété sur la créance de CHF 80'000.- formulée par A. _____ AG (chiffre 1 de la décision du 1^{er} juin 2018) ainsi que de la constatation que la créance de CHF 124'439.- est un actif de la masse en faillite et doit être affectée au paiement des créanciers (chiffre 2 de la décision du 1^{er} juin 2018). Il considère que la plainte est devenue sans objet s'agissant de l'interdiction faite à D. _____ SA de s'acquitter de la créance de CHF 80'000.- directement en faveur de A. _____ AG et de l'invitation faite à D. _____ SA de verser avec effet immédiat ladite somme auprès de l'Office (chiffres 3 et 4 de ladite décision du 1^{er} juin 2018 adressée à D. _____ SA).

Le 10 août 2018, A. _____ AG, par le biais de son conseil, s'est déterminée sur les observations de l'Office du 25 juillet 2018. Elle maintient sa plainte et fait valoir que la cession de créance a eu lieu valablement, dès lors que les prestations avaient déjà été fournies par F. _____ SA, que le montant de la créance était déjà connu et exigible et que la cession a eu

lieu avant l'ouverture de la faillite. A. _____ AG considère que la créance de CHF 80'000.- n'appartient en aucun cas à la masse en faillite.

en droit

1.

1.1. Sauf dans les cas où la loi prescrit la voie judiciaire, il peut être porté plainte à l'autorité de surveillance lorsqu'une mesure de l'office est contraire à la loi ou ne paraît pas justifiée en fait (art. 17 al. 1 LP). La plainte doit être déposée dans les dix jours à compter de celui où la plaignante a eu connaissance de la mesure (art. 17 al. 2 LP).

L'objet de la plainte au sens de l'art. 17 al. 1 LP est une décision ou une mesure de l'office des poursuites et des faillites, soit un acte de poursuite, pris unilatéralement ou d'office, de nature à créer ou à modifier une situation du droit de l'exécution forcée (GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite et la faillite, 1999, art. 17 n. 9 à 11). Ne constitue notamment pas une décision ou une mesure pouvant faire l'objet d'une plainte la confirmation d'une décision antérieure (ATF 121 III 35; CR LP – ERARD, 2005, art. 17 n. 10 et 15).

1.2. En l'espèce, la plaignante a reçu le 4 juin 2018 la décision de l'Office du 1^{er} juin 2018. Sa plainte ayant été déposée le 14 juin 2018, soit le dernier jour du délai, elle a été déposée en temps utile. Dûment motivée et dotée de conclusions, la plainte est recevable.

2.

2.1. La plaignante critique l'application de l'art. 242 LP à la créance de CHF 80'000.-, ainsi que le délai de 20 jours que l'Office lui a imparti pour intenter une action en constatation de ses prétentions devant l'autorité judiciaire compétente.

Sur ces deux points, la plainte est devenue sans objet dès lors que l'Office est revenu sur sa position le 18 juillet 2018 en annulant, d'une part, le délai de 20 jours imparti pour intenter une action en constatation des prétentions de A. _____ AG devant le Tribunal civil de l'arrondissement de la Sarine et, d'autre part, en reconnaissant que la procédure de revendication fixée par l'art. 242 LP ne s'applique pas à une créance dont la titularité est litigieuse. Il convient d'en prendre acte.

2.2. La plaignante conteste également le fait que l'Office considère que la créance totale de CHF 124'439.- soit un actif de la masse en faillite et doit être affectée au paiement des créanciers selon les art. 197 ss LP.

De son côté, l'Office estime qu'il n'appartient pas à la Chambre de se prononcer sur le fond et de déterminer la titularité de la créance de CHF 80'000.- et qu'en cas de contestation, A. _____ AG devrait intenter une action au fond lors du dépôt de l'inventaire.

La Chambre rappelle à la plaignante que lorsqu'une plainte est déposée auprès de l'autorité de surveillance, en vertu de l'art. 17 LP, la compétence de l'autorité susmentionnée se limite aux questions de procédure, respectivement, d'exécution (ATF 23 I 342; PETER, Edition annotée de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, 2010, art. 17, p. 44). En effet, la plainte est la voie de recours contre les décisions de l'office permettant d'annuler les décisions non entrées en force des organes de la poursuite, respectivement, de la faillite, afin d'assurer l'application correcte

de la loi tout au long de la procédure de poursuite. (CR LP-ERARD, 2005, art. 17, n. 1-2; KOSTKIEWICZ, OFK-SchKG, 19^e éd. 2016, art. 17, n. 1; KUKO SchKG-DIETH/WOHL, 2^e éd. 2014, art. 17, n. 1). La voie de la plainte est ouverte dans les cas où l'action judiciaire n'est pas expressément prévue (ERARD, art. 17, n. 1). La plainte et la voie judiciaire se distinguent par les moyens invoqués: s'il s'agit de questions de droit matériel ou de décisions de droit des poursuites ayant une incidence particulièrement importante sur la situation du débiteur, il faudra en référer au juge; s'il s'agit de toute autre question d'exécution, il faudra en référer aux offices, respectivement, à l'autorité de surveillance (ERARD, art. 17, n. 3).

En l'occurrence, la plaignante requiert de la Chambre qu'elle détermine que la créance de CHF 124'439.- n'est pas un actif de la masse en faillite devant être affecté au paiement des créanciers selon les art. 197 ss LP de F. _____ SA et que la cession de créance d'un montant de CHF 80'000.- a été valablement conclue, le 6 septembre 2017. Ces questions relevant du droit matériel, la Chambre ne dispose pas du pouvoir de cognition pour les trancher. Partant, la plainte est irrecevable sur ce point.

2.3. La plaignante critique l'invitation faite à D. _____ SA de verser avec effet immédiat le montant de CHF 124'439.- auprès de l'Office.

Sur cette question, la plainte est devenue sans objet dès lors que l'Office est revenu sur sa position, le 18 juillet 2018, en annulant l'invitation faite à D. _____ SA de verser avec effet immédiat le montant de CHF 124'439.-. Il convient d'en prendre acte.

2.4. La plaignante conteste l'interdiction faite à D. _____ SA de s'acquitter de la créance de CHF 80'000.- directement en faveur de A. _____ AG selon les art. 205 et 243 al. 1 LP.

2.4.1. L'Office est revenu sur sa position, par courrier du 18 juillet 2018, dans la mesure où il a requis de D. _____ SA de garder ladite créance en consignation, dans l'attente d'une décision de la Chambre.

2.4.2. Selon l'art. 221 al. 1 LP, dès que l'office a reçu communication de l'ouverture de la faillite, il procède à l'inventaire des biens du failli et prend les mesures nécessaires pour leur conservation.

En effet, dans le cadre d'une procédure de faillite, il s'agit de rassembler tous les biens patrimoniaux du failli afin d'éviter aux créanciers de subir de trop grandes pertes. Pour cette raison, l'office doit faire tout son possible pour assurer le maintien de la masse, respectivement, pour éviter qu'elle ne diminue (CR LP-VOUILLOZ, 2005, art. 223, n. 1). Ainsi, l'office des faillites doit prendre toutes les mesures nécessaires à conserver les droits patrimoniaux, dont le failli est, respectivement, paraît être titulaire, en même temps qu'il les inventorie (GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, 2001, art. 221, n. 42; VOUILLOZ, art. 223, n. 14). Par "*mesures conservatoires*", il est fait renvoi aux mesures de sûreté énumérées à l'art. 223 LP, lesquelles servent également à la découverte de droits patrimoniaux du failli inventoriés (GILLIÉRON, art. 221, n. 42 et art. 223, n. 6).

Toutefois, la liste de mesures de sûreté de l'art. 223 LP n'est pas exhaustive dans la mesure où des mesures qui n'y sont pas expressément mentionnées, telles que l'introduction d'une demande d'exécution forcée aux fins de l'interruption du délai de prescription, la présentation d'effets dus ou de protêts, la réalisation immédiate de biens périssables, les primes d'assurance dues (dans la mesure où les polices en question assurent les biens du débiteur contre des dommages), la

perception des paiements dus, etc., peuvent également être prises (BSK SchKG II-LUSTENBERGER, 2^e éd., 2010, art. 223, n. 9).

2.4.3. En l'espèce, dans le cadre de la procédure de faillite de F. _____ SA, une créance de CHF 80'000.- est contestée. En exigeant de D. _____ SA la consignation de la créance précitée en son entreprise jusqu'à droit connu sur la plainte déposée le 14 juin 2018 par A. _____ AG, par courrier du 18 juillet 2018, l'Office n'a fait que respecter sa mission d'inventorier les droits patrimoniaux de la faillie et de prendre toutes les mesures visant à sauvegarder les droits des créanciers. Partant, la plainte est rejetée sur ce point.

3.

Il n'est pas perçu de frais, ni alloué de dépens (art. 20a al. 2 ch. 5 LP, 61 al. 2 let. a et 62 al. 2 OELP).

la Chambre arrête :

- I. La plainte déposée par A. _____ AG le 14 juin 2018 est rejetée dans la mesure de sa recevabilité et dans la mesure où elle n'est pas devenue sans objet.
- II. Il n'est pas perçu de frais, ni alloué de dépens.
- III. Notification.

Cet arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile au Tribunal fédéral dans les dix jours qui suivent sa notification. La qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 72 à 77 et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF). L'acte de recours motivé doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Fribourg, le 24 septembre 2018/vit

La Présidente :

La Greffière :