

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1289/2012-CS

DCSO/339/12

DECISION

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre de surveillance
des Offices des poursuites et faillites

DU JEUDI 30 AOÛT 2012

Plainte 17 LP (A/1289/2012-CS) formée en date du 3 mai 2012 par **C_____ SA** et **M_____ SA**, élisant domicile en l'étude de Me Pascal PETROZ, avocat.

* * * * *

Décision communiquée par courrier A à l'Office concerné
et par plis recommandés du greffier du 3 septembre 2012
à :

- **C_____ SA**
p.a. Me Pascal PETROZ, avocat
Coulouvrenière 29
Case postale 5710
1211 Genève 11

 - **M_____ SA**
p.a. Me Pascal PETROZ, avocat
Coulouvrenière 29
Case postale 5710
1211 Genève 11
-

- **Masse en faillite de SOCIETE IMMOBILIERE E_____**
(faillite n° 2009 000xxx Y/OFA5).

EN FAIT

A. a) Dans le cadre de la faillite de la SI E_____ SA en liquidation (n° 2009 000xxx Y / OFA5) ordonnée le 3 juin 2010 et liquidée en la forme sommaire, l'Office des faillites (ci-après : l'Office), administrateur de la masse, a inventorié des prétentions en responsabilité contre les organes de la faillie inscrits au Registre du commerce, pour une somme non chiffrée mais à concurrence du découvert dans la faillite.

b) Par une circulaire du xx janvier 2012, reçue le xx janvier 2012 par le conseil de C_____ SA et de M_____ SA (ci-après : les plaignantes), l'Office s'est adressé à tous les créanciers admis à l'état de collocation, en ces termes :

«L'administration de la faillite juge qu'il sera difficile de procéder au recouvrement du montant précité [correspondant à la prétention inventoriée susmentionnée] sans déployer des montants (sic) disproportionnés.

...

Au vu de ces considérations, l'administration de la faillite propose aux créanciers de renoncer à ses démarches visant à l'encaissement des prétentions en responsabilité à l'encontre des organes de la faillie.

Les créanciers sont invités à faire connaître leur avis d'ici au 10 février 2012 étant entendu que ceux qui ne répondront pas ou ne déclareront pas par écrit s'abstenir seront considérés comme approuvant la proposition de l'administration de la faillite.

Dans le cas où la majorité des créanciers se rangerait au préavis de l'administration de la faillite, il est d'ores et déjà offert la cession des droits de la masse, à teneur de l'art. 260 LP, à ceux qui souhaiteraient faire valoir ces prétentions à leurs risques et périls.

Cette demande devra être adressée par écrit à l'Office des faillites dans le délai précité... ».

c) Par un courrier laconique, reçu par l'Office des poursuites le 9 février 2012 mais adressé au chargé de faillites M. P_____, le conseil des plaignantes a fait suite à cette circulaire du 27 janvier 2012 en indiquant que ses mandantes n'entendaient pas renoncer à leurs prétentions en responsabilité à l'encontre des organes de la faillie, sans autre mention ou précision.

d) Dans le cadre d'une correspondance échangée entre l'Office et ce conseil entre le 5 avril et le 4 mai 2012, ledit conseil a fait valoir que cette circulaire était nulle, cette nullité pouvant être constatée d'office et en tout temps par l'autorité de surveillance, de sorte que pour ne pas retarder inutilement la bonne administration

de la justice, il lui semblait opportun que l'Office modifie de lui-même l'acte de cession des droits de la masse envoyé par cet Office à certains autres créanciers, en y incluant ses mandantes.

Ce conseil a dit avoir en effet appris par un confrère que cet acte de cession des droits de la masse avait été établi et envoyé à ces autres créanciers sans que ses mandantes n'y figurent, cela alors qu'il n'entendait pas renoncer à obtenir, pour le compte de ces dernières, la cession des droits de la masse, qu'il a d'ailleurs formellement demandée par le biais de son courrier du 4 avril 2012.

Ce conseil a également qualifié la teneur de la circulaire du 27 janvier 2012 d'ambiguë.

Selon sa compréhension de cette circulaire en effet, il s'était attendu à être informé du résultat de la consultation des créanciers par le biais de cette circulaire avant d'avoir à demander la cession des droits de la masse pour le compte de ses clientes dans les 30 jours dès que l'offre lui en aurait été faite.

En d'autres termes, il avait déduit de l'expression « *d'ores et déjà* » figurant dans ladite circulaire qu'un préavis sans aucun fondement juridique lui était alors demandé et que « *la demande formelle de cession des droits prévus à l'art. 260 LP me serait demandée dans un second temps* ».

e) Dans sa réponse du 19 avril 2012 à ce courrier, reçue par ledit conseil le 23 avril 2012, l'Office a estimé que l'invitation aux créanciers intéressés à obtenir la cession des droits de la masse était explicitement mentionnée dans la circulaire du 27 janvier 2012 en question le 10 février 2012 au plus tard.

Ainsi, la requête formulée par les plaignantes le 5 avril 2012 était tardive et les plaignantes forcloses à demander la cession des droits de la masse, de sorte que l'Office ne pouvait en conséquence accéder à cette demande.

B. a) Par acte expédié le 3 mai 2012, ces plaignantes ont conclu à la constatation de la nullité de la circulaire précitée de l'Office du 27 janvier 2012 et, cela fait, à ce qu'il soit ordonné à cet Office d'offrir la cession des droits de la masse par voie de circulaire aux créanciers de la SI E_____ SA en liquidation.

Lesdites plaignantes ont estimé avoir la qualité pour agir dans la mesure où l'Office les avait empêchées d'obtenir la cession des droits de la masse, par son courrier de refus reçu le 23 avril 2012, de sorte que le délai de plainte était arrivé à échéance le 3 mai 2012.

Par ailleurs et quoi qu'il en soit, l'acte de cession étant nul selon les plaignantes, la constatation de cette nullité pouvait être demandée en tout temps.

Sur le fond, les plaignantes ont repris l'ensemble de leurs arguments déjà évoqués dans la correspondance susmentionnée de leur conseil avec l'Office.

Elles se sont en particulier référées à la jurisprudence sur la validité de la cession au sens de l'art. 260 LP, développée dans plusieurs arrêts du Tribunal fédéral publiés aux ATF 79 III 6, 102 III 82 et 118 III 57, ainsi qu'à la SJ 2008 I (arrêt 5A_347/2007).

b) Dans ses observations sujet de cette plainte, l'Office, se fondant également sur la jurisprudence en la matière, a principalement conclu à son irrecevabilité pour cause de tardiveté, subsidiairement, à son rejet comme infondée.

En effet, la cession des droits de la masse au sens de l'art. 260 LP était nulle lorsqu'elle avait été faite sans que la majorité des créanciers n'ait préalablement renoncé à faire valoir la prétention cédée pour le compte de la masse et sans que l'occasion n'ait été donnée à tous les créanciers de présenter une demande de cession.

Par ailleurs, si la renonciation a fait valoir la prétention au nom de la masse avait été décidée - à tort - par la seule administration de la faillite, et non par l'assemblée des créanciers ou par voie de circulation, mais que, en revanche, la cession de cette prétention avait été offerte à tous les créanciers, notamment par voie de circulaire, cette cession n'était pas nulle et devait être contestée dans les 10 jours dès sa réception.

Ainsi, la circulaire du 27 janvier 2012 n'était pas nulle, puisqu'elle comportait conformément à la jurisprudence, d'abord, la proposition de la masse aux créanciers d'accepter avant le 10 février 2012 qu'elle renonce à exercer elle-même les prétentions en responsabilité inventoriées contre les organes de la faillite et ensuite, l'offre à ces créanciers de demander " d'ores et déjà ", soit "dès à présent" selon l'Office et dans le même délai au 10 février 2012, la cession du droit d'exercer ces prétentions.

L'Office a souligné que, dans le délai susmentionné au 10 février 2012, 10 créanciers avaient répondu à la circulaire et demandé cette cession.

Par ailleurs, les plaignantes avaient bien reçu cette circulaire du 27 janvier 2012, puisqu'elles y avaient répondu par courrier du 8 février 2012 en informant l'Office de ce qu'elles n'entendaient pas renoncer à leurs prétentions en responsabilité à l'encontre des organes de la faillie.

Elles n'avaient toutefois pas demandé la cession des droits relatifs à ces prétentions, de sorte qu'elles étaient forcloses à demander cette cession au-delà du délai fixé au 10 février 2012 par ladite circulaire, lorsqu'elles l'avaient fait par courrier ultérieur du 5 avril 2012 à l'Office.

Quant au délai de 30 jours que les plaignantes revendiquaient pour se déterminer sur une offre de cession, l'Office a relevé qu'aucune norme d'exécution forcée ne régissait le délai dans lequel les créanciers pouvaient répondre à l'offre de cession des droits de la masse. Par conséquent, le délai de 10 jours accordé par la circulaire du 27 janvier 2012 ne pouvait être une cause de nullité de cette circulaire.

Enfin, si l'on voulait considérer qu'en l'espèce, la décision de renoncer à exercer les prétentions inventoriées contre les organes de la faillite avait été prise seule par l'administration de cette faillite, il n'en restait pas moins que la cession de ces prétentions avaient été offerte à tous les créanciers.

Ainsi, ladite cession n'était pas nulle, mais simplement annulable, question qui pouvait être portée devant l'autorité de surveillance uniquement dans un délai de 10 jours dès la réception de cette offre, en l'occurrence la circulaire du 27 janvier 2012.

c) Dans le cadre d'un deuxième échange d'écritures, les parties ont repris leurs arguments respectifs.

Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. **1.1.** La Chambre de surveillance est compétente pour statuer sur les plaintes formées en application de la LP (art. 13 LP; art. 125 et 126 LOJ; art. 6 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.

2. **2.1.** Les plaignantes ont déposé leur présente plainte dans les 10 jours dès la réponse de l'Office du 19 avril 2012, reçue le 23 avril 2012, refusant de les inclure dans l'acte de cession établi à la suite de la circulaire du 26 janvier 2012.

Sous cet angle, cette plainte, formée en temps utile, paraît a priori recevable.

Il y a toutefois lieu de relever qu'elle conclut expressément, non pas à l'annulation de cette décision de refus, mais bien à la constatation, d'office et en tout temps par la Chambre de surveillance, de la nullité de la circulaire de l'Office du 27 janvier

2012, ce dernier devant en conséquence offrir par voie de circulaire aux créanciers de la faillie la possibilité de demander la cession des droits de la masse.

La présente plainte est donc dirigée en réalité contre cette circulaire du 27 janvier 2012 et il faut dès lors statuer sur sa recevabilité sous cet-là angle seulement.

2. **2.2.1.** Dans un ATF 136 III 636, plus récent que la jurisprudence sur laquelle se fondent les plaignantes, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser ce qui suit :

«En vertu de l'art. 22 al. 1 (1ère phrase) LP, sont frappées de nullité les mesures contraires à des dispositions édictées dans l'intérêt public ou dans l'intérêt de personnes qui ne sont pas parties à la procédure (FF 1991 III 45). Dans sa dernière jurisprudence, le Tribunal fédéral a prononcé que la cession est nulle lorsque les créanciers n'ont pas eu l'occasion de se déterminer quant à la renonciation de la masse à agir elle-même avant l'offre de cession des droits litigieux (ATF 134 III 75 consid. 2.3; cf. aussi: arrêt 5A_421/2010 du 22 octobre 2010 [destiné à la publication] consid. 4.1). Cette opinion doit être précisée.

L'arrêt cité à l'appui de cette affirmation (i.e. ATF 118 III 57 consid. 4) renvoie à une décision qui conclut, plus précisément, à la nullité d'une cession opérée sans que la majorité des créanciers ait préalablement renoncé à faire valoir la prétention pour le compte de la masse et sans que l'occasion ait été donnée à tous les créanciers de présenter une demande de cession (ATF 79 III 6 consid. 2). Ce dernier arrêt a été confirmé le 22 janvier 1960: si la renonciation à faire valoir la prétention a été décidée - à tort - par la seule administration de la faillite, et non par l'assemblée des créanciers ou par voie de circulation, mais que, en revanche, la cession a été offerte à tous les créanciers, cette cession n'est pas nulle et doit être contestée dans les dix jours dès la réception de la circulaire (ATF 86 III 20 consid. 2)... ».

C'est le lieu de relever que certaines des jurisprudences invoquées par les plaignantes fondent le raisonnement ci-dessus du Tribunal fédéral.

Cela étant, les plaignantes ont fait valoir la nullité de la décision de cession en discutant notamment un arrêt du Tribunal fédéral paru dans la SJ 2008 I 161, qui est précisément l'arrêt 5A_347/2007 publié à l'ATF 134 III 75 mentionné ci-dessus dans l'extrait de jurisprudence reproduit.

Cet arrêt était relatif à une cession des droits de la masse dans le cadre d'une liquidation sommaire de la faillite, décidée sans que les créanciers n'aient jamais été interpellés sur le principe de la renonciation de la masse à continuer à défendre à l'action révocatoire dirigé contre la faillie.

Il y est retenu que :

« Dans une jurisprudence constante, le Tribunal fédéral a considéré qu'une 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 ; il en va de même pour une offre de cession... Il faut en tous les cas, 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... Faute de décision de renonciation prise expressément ou tacitement par l'ensemble des créanciers, l'offre de cession... est nulle et sa nullité peut être constatée d'office et en tout temps ... par les autorités de surveillance... ».

2.2.2. En l'espèce, il découle de la jurisprudence récente sus-évoquée que la circulaire de l'Office 27 janvier 2012, offrant la cession des droits de la masse à l'encontre des organes de la faillie aux créanciers inscrits à l'état de collocation, tels que les deux plaignantes, n'est pas nulle.

La Chambre de surveillance soulignera d'abord que sa teneur ne lui paraît pas ambiguë, contrairement à ce que les plaignantes soutiennent.

En effet, il en ressort que, dans un premier temps, l'Office a proposé auxdits créanciers de l'autoriser à renoncer à exercer elle-même les prétentions inventoriées contre les organes de la faillie, puis dans un deuxième temps, a offert à ces mêmes créanciers, de demander, dans le délai imparti, la cession de ces droits de la masse pour faire valoir eux-mêmes ces prétentions.

Ces créanciers devaient dès lors se prononcer simultanément sur les deux points abordés par cette circulaire et ils pouvaient le faire de plusieurs manières, à savoir :

- en acceptant expressément que la masse renonce à exercer les droits en question et en demandant leur cession,
- en demandant directement cette cession, ce qui valait accord tacite à la proposition de la masse à renoncer à exercer elle-même les prétentions en question,
- en se bornant à accepter cette proposition de renonciation, sans demander la cession des droits de la masse en leur faveur, ce qui impliquait qu'ils renonçaient à cette cession,
- en ne répondant pas à cette circulaire, ce qui signifiait, au sens de la jurisprudence sus-rappelée, qu'ils acceptaient tacitement la proposition de l'administration de la masse de renoncer à exercer elle-même les prétentions inventoriées contre les organes de la faillie.

En conséquence, en tant qu'elle permettait aux créanciers concernés d'accepter tacitement sa proposition de renoncer à exercer elle-même ces prétentions, puis qu'elle leur offrait la possibilité de demander la cession en leur faveur du droit de les exercer eux-mêmes, la circulaire du 27 janvier 2012 n'est pas nulle.

Le fait que 10 créanciers ont répondu à cette circulaire, soit en acceptant expressément la proposition de la masse et en demandant la cession du droit à exercer ces prétentions, soit en acceptant tacitement cette proposition, en demandant directement la cession précitée, démontre que le texte de cette circulaire ne prêtait pas à confusion.

Ladite circulaire n'est d'ailleurs pas non plus annulable, en tant qu'elle permettait bien aux créanciers concernés d'accepter expressément ou tacitement que la masse renonce à exercer elle-même les prétentions inventoriées contre les organes de la faillie, avant de leur offrir, dans le même texte, la possibilité de demander la cession des droits de la masse sur ces prétentions.

Quant aux plaignantes, elles ont choisi, par leur réponse à l'Office du 8 février 2012 à la circulaire du 27 janvier 2012, de se borner à accepter tacitement la proposition de la masse de renoncer à exercer elle-même les prétentions en question, sans demander la cession en leur faveur du droit de les exercer, ce qui signifiait qu'elles y renonçaient.

2.2.3. Il ressort de l'absence de nullité de la circulaire visée qu'elle ne pouvait être remise en cause en tout temps, mais seulement dans le délai de plainte usuel prévue par l'art. 17 LP.

En outre, ce même délai de 10 jours, courant dès la réception de cette circulaire était imparti aux plaignantes pour prétendre - à tort (cf. supra **2.2.2.**) - qu'elle était annulable.

Par conséquent, la présente plainte est largement tardive, puisque les plaignantes ont reçu cette circulaire de l'Office du 27 janvier 2012 à tout le moins le 8 février 2012, de sorte qu'elles avaient un délai au 18 février 2012 au plus tard pour s'en plaindre en faisant valoir son annulabilité ou un autre motif au fond.

La présente plainte est dès lors irrecevable.

2.2.4. A toutes fins utiles, la Chambre de surveillance soulignera encore que si l'on voulait considérer - contre la teneur claire de ses conclusions - que la présente plainte a été dirigée contre le courrier de l'Office du 19 avril 2012 et non contre sa circulaire du 27 mai 2012, cette plainte pourrait être déclarée recevable à la forme (cf supra ch. **2.1.**).

Toutefois, elle devrait être rejetée au fond et la décision de l'Office confirmée au regard de la jurisprudence du Tribunal fédéral discutée ci-dessus sous ch. **2.2.1.** par la Chambre de surveillance.

3. Il n'est pas perçu de dépens (art. 62 al. OELP).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre de surveillance :**

Déclare irrecevable la plainte formée par C_____ SA et M_____ SA contre la circulaire établie par l'Office des faillites le 27 janvier 2012 dans le cadre de l'administration de la masse en faillite de la SI E_____ SA en liquidation.

Siégeant :

Madame Valérie LAEMMEL-JUILLARD, présidente; Monsieur Philipp GANZONI et Monsieur Denis KELLER, juges assesseurs; Madame Paulette DORMAN, greffière.

La présidente :

Valérie LAEMMEL-JUILLARD

La greffière :

Paulette DORMAN

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.