



POUVOIR JUDICIAIRE

DCSO/560/07

DÉCISION

DE LA COMMISSION DE SURVEILLANCE DES OFFICES DES POURSUITES ET DES FAILLITES SIÉGEANT EN SECTION

DU JEUDI 6 DECEMBRE 2007

Cause A/3608/2007, plainte 17 LP formée le 24 septembre 2007 par **Hoirie de feu M. H _____**, élisant domicile en l'étude de Me Christophe ZELLWEGER, avocat, à Genève.

Décision communiquée à :

- **Hoirie de feu M. H _____**
domicile élu : Etude de Me Christophe ZELLWEGER, avocat
Rue de la Fontaine 9
Case postale 3781
1211 Genève 3

- **M. X _____**
domicile élu : Etude de Me Jean-Charles SOMMER, avocat
Place Longemalle 16
Case postale 3407
1211 Genève 3

- **Masse en faillite de S _____ SA**

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 Commission de surveillance des Offices des poursuites et des faillites, unique autorité cantonale de surveillance en matière de poursuite pour dettes et faillite (art. 56R al. 3 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). 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).

EN FAIT

- A. Par jugement du 7 avril 2003, le Tribunal de première instance a prononcé la faillite de S_____ SA, ayant son siège rue xxxxxx à Genève ; le 19 janvier 2004, le même Tribunal a ordonné la liquidation sommaire de cette faillite.

Ont été portées à l'inventaire, sous n^{os} 5, et 11, deux créances, de 17'000 fr. et de 17'500 fr., à l'encontre de M. X_____, et, sous n^o 6, une créance de 5'000 fr. à l'encontre de M. K_____, représentant le solde dû par les prénommés pour la libération du capital-social de la faillie. Sous n^o 8, a été porté le solde du compte courant de M. K_____, inscrit à l'actif du bilan de la faillie pour 57'380 fr. 90.

Figurent également à l'inventaire, sous n^{os} 12 à 17, des prétentions litigieuses à l'encontre de M. T_____, Fiduciaire Y_____ SA, M. X_____, Mme B_____, M. K_____ et Mme G_____, pour la somme de 146'000 fr. représentant le montant du dommage subi par les créanciers (découvert prévisible) pour la responsabilité encourue en leurs qualités d'organes responsables de la société faillie (art. 754 ss CO), tous autres droits, tant civils que pénaux, ou autres prétentions éventuelles demeurant expressément réservés.

- B. Le délai pour les productions a été fixé au 5 mars 2004 et a fait l'objet d'une publication dans la FAO en date du 4 février 2004.

L'état de collocation a été déposé le 7 avril 2004, puis à nouveau le 5 mai 2004. Il n'est toutefois devenu définitif qu'ensuite de l'arrêt de la Cour de Justice du 18 novembre 2005 confirmant définitivement la décision de l'Office d'écarter une créance contre laquelle une action en contestation de l'état de collocation avait été déposée.

La hoirie de feu M. H_____ a produit une créance de 85'311 fr. 25 qui a été admise en 3^{ème} classe.

M. X_____ a été admis à l'état de collocation comme titulaire d'une créance postposée d'un montant de 19'474 fr. 60.

- C. Par circulaire du 26 février 2007, l'Office a informé les créanciers qu'il doutait du résultat de poursuites tant à l'encontre de M. X_____ que de M. K_____ et proposait en conséquence de renoncer à agir lui-même contre chacun de ces débiteurs. Un délai au 12 mars 2007 leur était imparti pour se déterminer sur cette proposition.

Par circulaire du 7 mars 2007, l'Office a informé les créanciers que l'administration de la faillite n'avait pas les éléments suffisants ni les fonds nécessaires pour soutenir judiciairement une procédure contre M. T_____, Fiduciaire Y_____ SA, M. X_____, Mme B_____, M. K_____ et

Mme G _____ et proposait en conséquence de renoncer à faire valoir ces prétentions au nom de la masse. Un délai au 19 mars 2007 leur était imparti pour se déterminer sur cette proposition.

Dans ces deux circulaires, l'Office précisait que les créanciers qui ne répondront pas ou ne déclareront pas par écrit s'abstenir seront considérés comme approuvant sa proposition. Il était, par ailleurs, indiqué que, dans le cas où la majorité des créanciers se rangerait au préavis de l'Office, il était d'ores et déjà offert la cession des droits de la masse au sens de l'art. 260 LP, cette demande devant être adressée par écrit à l'Office dans les délais précités.

Par courrier recommandé du 12 mars 2007, la hoirie de feu M. H _____ a requis la cession de toutes les créances inventoriées dans les avis des 26 février et 7 mars 2007.

Le 23 mars 2007, l'administration de la faillite a cédé à la hoirie de feu M. H _____ les droits de la masse à l'encontre de M. X _____ et M. K _____ portés à l'inventaire sous n^{os} 5, 6, 8 et 11.

Le même jour, l'administration de la faillite a cédé à la hoirie de feu M. H _____ les droits de la masse, portés à l'inventaire sous n^{os} 12 à 17, à l'encontre de M. T _____, Fiduciaire Y _____ SA, M. X _____, Mme B _____, M. K _____ et Mme G _____.

- D. Par courriers simple et recommandé du 13 juillet 2007 adressés à M. X _____, rue xxxx à Genève, la hoirie de feu M. H _____, par l'entremise de son conseil, l'a informé qu'elle avait obtenu la cession des droits de la masse à son encontre. Elle joignait copie des décisions de cession du 23 mars 2007 et invitait M. X _____ à la contacter en vue d'une solution transigée.

Selon les données (Track & Trace) de La Poste, le pli recommandé a été distribué à M. X _____ le 17 juillet 2007.

Le 24 juillet 2007, Me Jean-Charles SOMMER, faisant référence à la cession des droits de la masse, a répondu qu'il avait été consulté par M. X _____ et qu'il était chargé de la défense de ses intérêts.

Le 3 août 2007, le conseil précité a écrit à l'avocat de la hoirie de feu M. H _____ qu'il le contacterait à son retour de vacances le 20 du même mois.

- E. Par courrier recommandé du 2 août 2007, Me Jean-Charles Sommer a écrit à l'Office que son client s'étonnait qu'il ne lui ait pas proposé la cession des droits de la masse.

L'Office lui a répondu le 8 août 2007 qu'après vérification, il avait constaté que la circulaire proposant la cession des droits de la masse, datée du 7 mars 2007, avait été adressée à son client à la rue xxxxxx à Genève mais que le pli la contenant lui

avait été retourné par la Poste le 12 mars 2007 avec la mention « *destinataire introuvable à l'adresse indiquée* ». Copie de la circulaire du 7 mars 2007 était jointe à ce courrier qui, à teneur de la note manuscrite y figurant, a été reçu par son destinataire le 9 août 2007 (cf. pièce n° 3, chargé de M. X_____).

Par lettre recommandée du 30 août 2007, m. X_____, par l'entremise de son conseil, s'est étonné que l'avis spécial aux créanciers et au failli du 10 avril 2007 adressé à la rue xxxxxx à Genève lui soit parvenu alors que la circulaire du 7 mars 2007 expédiée à la même adresse ne l'avait pas atteint, précisant que son adresse personnelle était rue xxxxxx 72 à Genève. En sa qualité de créancier de la faillie, il sollicitait la cession des droits de la masse et, en cas de refus, demandait à l'Office de considérer son courrier comme une plainte et de le transmettre à la Commission de céans.

Le 3 septembre 2007, l'Office a confirmé à M. X_____ que tant la circulaire du 7 mars 2007 que l'avis spécial aux créanciers du 10 avril 2007 lui avaient été envoyés à la rue xxxxxx à Genève, que la circulaire avait été retournée à l'Office avec la mention « *destinataire introuvable à l'adresse indiquée* » mais qu'il n'était pas responsable des erreurs de La Poste. L'Office refusait en conséquence de lui délivrer la cession des droits de la masse.

Le 10 septembre 2007, M. X_____ a réitéré sa demande.

Par décision, portant la date du 23 mars 2007 mais expédiée le 12 septembre 2007, annulant et remplaçant la cession du 23 mars 2007, l'administration de la faillite a cédé à la hoirie de feu M. H_____ et à M. X_____ les droits de la masse portés à l'inventaire sous n^{os} 12 à 17, à l'encontre de M. T_____, Fiduciaire Y_____ SA, M. X_____, Mme B_____, M. K_____ et M. G_____.

- F. Par acte du 24 septembre 2007, la hoirie de feu M. H_____ a porté plainte à la Commission de céans contre la décision de cession des droits de la masse qui lui a été notifiée le 13 septembre 2007 et conclut à son annulation.

Elle fait valoir que M. X_____ est intervenu tardivement auprès de l'Office pour requérir la cession des droits de la masse, probablement après qu'elle l'ait interpellé le 13 juillet 2007 en vue de la recherche d'une solution transigée, et que sa requête a pour seul but de l'entraver dans son action.

Elle relève que, selon la jurisprudence, les cessionnaires forment une consorité nécessaire, que M. X_____ refusera d'agir conjointement avec elle en responsabilité contre les ex-organes de S_____ SA, dont il fait partie, et qu'ainsi son action s'en trouvera paralysée. Elle ajoute que M. X_____ est également débiteur de la faillie à hauteur de 34'000 fr. correspondant à la libération de sa part du capital action, qu'il est incapable de payer ce montant, même par acompte de 500 fr. par mois et qu'il n'aura donc pas les moyens de soutenir le procès.

Enfin, elle ajoute qu'en raison de la double qualité de demandeur et défendeur de M. X_____, s'agissant des prétentions en responsabilité contre les organes de la faillie, toute transaction sera impossible et que la cession des droits de la masse au précité aura pour effet d'annuler la postposition de sa créance et de modifier le rang des autres créanciers.

Dans son rapport, l'Office expose que M. X_____ n'a pas requis la cession des droits de la masse dans le délai imparti par circulaire du 7 mars 2007 adressée aux créanciers. Cela étant, il reconnaît que M. X_____ n'a pas reçu ladite circulaire, la Poste lui ayant retourné le pli la contenant avec la mention « *destinataire introuvable à l'adresse indiquée* ». Il précise toutefois que tous les autres courriers, également recommandés, qu'il a adressés à M. X_____ à la rue xxxxxxxx à Genève lui sont parvenus.

L'Office relève cependant qu'à la lecture de la plainte et des pièces produites, il appert que M. X_____ a eu connaissance de l'existence de la cession à réception du courrier de la hoirie M. H_____ du 13 juillet 2007, qu'il a toutefois attendu le 2 août 2007 pour interpellier l'Office, qu'il a donc réagi tardivement et que la cession qui lui a été délivrée devrait être annulée. Il précise que, si le courrier que M. X_____ lui a adressé le 2 août 2007 avait été considéré comme une plainte et transmis à la Commission de céans, cette dernière aurait été déclarée irrecevable car formée plus de dix jours après la connaissance de l'existence de la cession. L'Office s'en rapporte toutefois à l'appréciation de la Commission de céans.

Sur le fond, l'Office rappelle que selon la jurisprudence, un créancier peut demander la cession des droits de la masse pour agir contre des organes, dont lui-même faisait partie, à la condition que la cession ne lui soit délivrée que contre les autres organes mais qu'il n'appartient ni à l'administration de la faillite ni à la Commission de céans d'empêcher l'exécution de prétentions fondées sur le droit matériel en refusant la délivrance d'un acte de cession et qu'ainsi la cession ne saurait être révoquée sur ce point.

Invité à se déterminer sur la plainte, M. X_____ déclare, en substance, qu'il a été informé début août 2007 que l'offre de cession des droits de la masse avait été envoyée aux créanciers et que le 2 août 2007 son conseil est intervenu auprès de l'Office. M. X_____ conclut au rejet de la plainte avec suite de dépens. Subsidiairement, il sollicite que l'administration fixe les directives nécessaires afin de garantir une procédure commune.

EN DROIT

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. La plainte doit être déposée dans les dix jours de celui où le plaignant a eu connaissance de la mesure (art. 17 al. 1 et 2 LP art. 56R al. 3 LOJ ; art. 10 al. 1 LaLP, art. 13 LaLP).

La Commission de créances est compétente pour vérifier la validité d'une cession opérée en vertu de l'art. 260 LP (ATF 113 III 135 ; JdT 1990 II 90) et la cession est un acte sujet à plainte. En tant que créancière de la faillite, la plaignante a qualité pour agir par cette voie. Par ailleurs, sa plainte a été formée en temps utile et elle remplit les conditions de forme et de contenu prescrites par la loi.

Elle est donc recevable.

- 2.a. Dans un arrêt du 19 octobre 2007 (5A_347/2007), le Tribunal fédéral a rappelé 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 et qu'il en allait de même pour une offre de cession (ATF 118 III 57 consid. 3, JdT 1994 II 56 ; ATF 113 III 137 consid. 3b, JdT 1990 II 90). 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. Il faut, en tout cas, sous peine de nullité laquelle peut être constatée d'office et en tout temps par les autorités de surveillance, accorder à tous les créanciers l'occasion de se déterminer quant à une éventuelle renonciation avant d'offrir la cession des droits litigieux et la question doit leur être posée de façon explicite (Vincent Jeanneret/Vincent Carron, Commentaire romand, ad art. 260 n°s 7,13 et 14).
- 2.b. Dans la liquidation ordinaire, les créanciers qui entendent obtenir la cession doivent, sous peine de péremption, la demander au plus tard dans les dix jours suivant la seconde assemblée des créanciers (art. 48 al. 1 OAOF), sauf circonstances spéciales justifiant le dépôt des demandes avant ladite assemblée (art. 48 al. 2 OAOF). En cas de liquidation sommaire, le même délai est imparti aux créanciers dans les cas importants, cette communication leur étant faite en même temps que celle du dépôt de l'état de collocation (art. 49 OAOF ; Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 260 n° 29).
- 2.c. En l'espèce, la faillite de S_____ SA étant liquidée par la voie de la procédure sommaire, l'Office a, par circulaire du 7 mars 2007, donné aux créanciers l'occasion de se déterminer quant à une éventuelle renonciation à agir et un délai au 19 mars 2007 leur a été imparti pour ce faire. Dans le même délai, les créanciers étaient invités à demander la cession des droits de la masse au sens de l'art. 260 LP.

Par décision du 23 mars 2007, l'administration de la faillite, certifiant que la majorité des créanciers, suite à la proposition par voie de circulaire du 7 mars 2007, avait renoncé à faire valoir elle-même les droits inventoriés sous n°s 12 à 17 les a cédés à la plaignante qui en avait fait la demande dans le délai imparti.

Cette procédure satisfait en conséquence aux exigences rappelées ci-dessus.

- 3.a. Les communications des offices se font par écrit ; elles sont effectuées par lettre recommandée ou par remise directe contre reçu à moins que la loi n'en dispose autrement (art. 34 LP).

La communication par lettre recommandée ou par remise directe contre reçu doit permettre au fonctionnaire de l'office d'en faire en tout temps la preuve (ATF 121 III 11 ; JdT 1997 II 186).

L'organe de l'exécution forcée à qui une communication sous pli recommandé revient avec la mention « parti », ne peut se contenter de la garder par devers lui à la disposition du destinataire, car la tentative de communication n'est pas assimilable à la communication (ATF 50 III 184, JdT 1925 II 84).

En cas de communication irrégulière ou de défaut de communication, le *dies a quo* du délai que fait courir l'acte communiqué est le jour où l'intéressé prend effectivement connaissance de l'acte (ATF 104 III 12, JdT 1979 II 123 et les arrêts cités ; ATF 110 III 9, JdT 1987 II 28 ; ATF 120 III 114, JdT 1997 II 50). Il ne suffit pas qu'il connaisse son existence ou en ait appris l'existence, il doit cependant entreprendre les démarches que l'on peut attendre de lui pour en obtenir communication (ATF 111 Ia 282-283 consid. 2b ; Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 31 n° 28). En vertu du principe de la bonne foi, l'intéressé est tenu de se renseigner sur l'existence et le contenu de la décision, dès qu'il peut en soupçonner l'existence – à défaut de quoi il risque de se voir opposer l'irrecevabilité de son recours pour cause de tardiveté (ATF 107 Ia 72, JdT 1983 I 327 ; ATF 102 Ib 91, JdT 1978 I 649).

- 3.b. En l'espèce, l'instruction de la plainte a permis d'établir que la circulaire du 7 mars 2007 avait été adressée à M. X_____ à la rue xxxxxx à Genève, soit au siège de la faillie, par pli recommandé, remis à La Poste le 6 mars 2007 et retourné à l'Office avec la mention « *le destinataire est introuvable à l'adresse indiquée* ». Le précité n'a donc pas reçu cet acte.

Cela étant, il appert qu'il a été informé de la cession des droits de la masse en faveur de la hoirie de feu M. H_____ à réception du courrier recommandé que cette dernière lui a adressé le 13 juillet 2007, qu'il a reçu le 17 juillet 2007, et auquel étaient joints les actes de cessions du 23 mars 2007. Il ne conteste d'ailleurs pas avoir reçu ce pli, auquel son mandataire, faisant expressément référence aux cessions, a répondu le 24 juillet 2007. Ce n'est toutefois que le 2 août 2007, soit seize jours plus tard, qu'il s'est adressé à l'Office pour l'informer qu'en sa qualité de créancier de la faillie, il s'étonnait de ne pas avoir reçu d'offre de cession des droits de la masse. Compte tenu de ce qui suit, la Commission de céans laissera cependant ouverte la question de savoir si, à ce stade, M. X_____ a entrepris les démarches que l'on pouvait attendre de lui dès qu'il a eu connaissance de l'existence de la cession.

L'Office a, en effet, transmis à son conseil copie de la circulaire du 7 mars 2007 et de l'enveloppe la contenant par courrier A du 8 août 2007, que ce dernier a reçu le lendemain, soit le jeudi 9 août 2007, comme l'atteste la note manuscrite y figurant "R. le 09.08.07" (cf. pièce n° 3, chargé de M. X_____). C'est donc à cette date que le précité a eu connaissance de la teneur exacte de la circulaire du 7 mars 2007. Or, ce n'est que le 30 août 2007, soit vingt et un jours plus tard, qu'il s'est adressé à l'Office pour demander la cession des droits de la masse en faveur de son mandant et qu'il a indiqué, qu'à défaut, son courrier devait être considéré comme une plainte.

Force est donc de constater que la demande de cession des droits de la masse est tardive et que, même si l'Office avait transmis le courrier du 30 août 2007 à la Commission de céans, la plainte aurait dû être déclarée irrecevable car déposée plus de dix jours après la connaissance de l'acte attaqué.

C'est donc à tort que l'Office a rendu une nouvelle décision de cession, portant la date du 23 mars 2007 mais communiquée le 13 septembre 2007, annulant et remplaçant celle du 23 mars 2007.

La Commission de céans admettra donc la présente plainte et annulera la cession des droits de la masse attaquée.

4. Il est statué sans frais ni dépens (art. 20a al. 2 ch. 5 LP ; art. 61 al 2 let.a OELP).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COMMISSION DE SURVEILLANCE
SIÉGEANT EN SECTION :**

A la forme :

Déclare recevable la plainte formée le 24 septembre 2007 par la **hoirie de feu M. H_____** contre la décision de cession des droits de la masse, datée du 23 mars 2007 mais communiquée le 12 septembre 2007, dans la faillite de S_____ SA.

Au fond :

1. L'admet.
2. Annule la cession des droits de la masse, portant la date du 23 mars 2007 mais communiquée le 12 septembre 2007, annulant et remplaçant la cession du 23 mars 2007.
3. Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant : Mme Ariane WEYENETH, présidente ; Mme Florence CASTELLA et M. Christian CHAVAZ, juges assesseur(e)s.

Au nom de la Commission de surveillance :

Paulette DORMAN
Greffière :

Ariane WEYENETH
Présidente :

La présente décision est communiquée par courrier A à l'Office concerné et par courrier recommandé aux autres parties par la greffière le