



POUVOIR JUDICIAIRE

DCSO/397/09

DÉCISION

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

DU JEUDI 3 SEPTEMBRE 2009

Cause A/1812/2009, plainte 17 LP formée le 6 mai 2009 par **M. K_____**, **M. S_____**
et **Mme W_____**, élisant domicile en l'étude de Me Tal SCHIBLER, avocat, à
Genève.

Décision communiquée à :

- **M. K_____**, **M. S_____** et **Mme W_____**

domicile élu : Etude de Me Tal SCHIBLER, avocat
Avenue Krieg 44
Case postale 45
1211 Genève 17

- **O_____ SA**

domicile élu : Etude de Me Frédéric COTTIER, avocat
Rue du Rhône 65
Case postale 3199
1211 Genève 3

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).

- **P_____ SA**

domicile élu : Etude de Me Bénédicte FONTANET, avocat
Grand-Rue 25
Case postale 3200
1211 Genève 3

- Succession répudiée de M. G_____

(faillite n° 2006 00XXXX S/OFA1)

EN FAIT

- A. M. G_____ était de son vivant administrateur, président et délégué de P_____ SA, qui avait son siège social à G_____. Cette société, ayant pour but social des "*activités de gestion et conseil en matières financières et gérance de fortune*" a vu sa faillite prononcée le 26 septembre 2005. Cette faillite est liquidée par l'Office des faillites de Genève. Il est à noter que cette société avait comme autre organe Me Bénédicte FONTANET, en tant qu'administrateur et secrétaire.

M. G_____ est décédé le 20 août 2006 à Genève. Sa succession ayant été répudiée, le Tribunal de première instance a ordonné par jugement n° JTPI/15XXX/2006 du 30 octobre 2006, l'ouverture de la liquidation de cette succession selon les règles de la faillite.

Le seul actif de cette succession répudiée consiste en un certificat d'actions représentant 697'920 actions d'une société américaine basée au N_____, O_____ Inc.

- B. Le 19 janvier 2007, Me Frédéric COTTIER, avocat à Genève, a écrit à l'Office des faillites (ci-après : l'Office) pour confirmer que le défunt était propriétaire de 18 actions nominatives de valeur nominale de 1'000 fr. chacune, de la société O_____ SA qui étaient en sa possession, qu'une procédure d'échange d'actions avec une société américaine, X_____ Technology Inc. (ci-après : X_____), était en cours dans le cadre de laquelle il devait recevoir 697'020 actions de X_____ qui seraient remises à l'Office mais que si ce processus venait à ne pas être finalisé, lesdites actions nominatives deviendraient la propriété de l'Office.

Me Bénédicte FONTANET a écrit le 4 avril 2008 à Me Frédéric COTTIER pour l'informer que feu M. G_____ avait cédé à plusieurs clients le droit à la délivrance des nouvelles actions de X_____ suite à la fusion de celle-ci avec O_____ Inc. Il indique que les titres auraient dû être émis à raison de 200'000 en faveur de M. S_____, 250'000 en faveur de Mme W_____, 50'000 en faveur de M. K_____, 31'500 en faveur de M. M_____, 75'000 en faveur de M. A_____ et le solde, soit 90'500 actions, en faveur de P_____ SA, l'avocat new-yorkais chargé d'émettre les certificats étant dûment instruit en ce sens le 7 février 2006.

Après différents échanges de correspondances, Me Frédéric COTTIER a informé l'Office par courrier du 20 mars 2008 de ce que l'opération d'échange d'actions avait été finalement finalisée et qu'un certificat d'actions représentant 697'000 actions d'O_____ Inc., anciennement de X_____, avait été émis au nom de M. G_____. Me Frédéric COTTIER précisait néanmoins que Me Martin MUSHKIN, avocat new-yorkais chargé de procéder aux opérations d'échange d'actions, n'avait pas tenu compte du fait que ces actions auraient dû être émises en faveur de tiers, M. G_____ ayant revendu selon lui ce certificat d'actions en

2006. Me Frédéric COTTIER estime que le certificat d'actions devrait être retourné à Me MUSHKIN en vue de son annulation et sollicitait de l'Office son autorisation pour ce faire.

L'Office a alors répondu à Me Frédéric COTTIER le 4 février 2009, estimant que *"dans la mesure où les actions O_____ Inc. n'existaient pas lorsque le défunt les aurait soi-disant cédées et où il n'était même pas assuré que la transaction visant à l'échange entre O_____ SA et X_____ Inc. n'était pas certaine, l'office ne peut accepter que de nouveaux certificats soient établis aux noms de tiers. En effet, la cession n'ayant pas eu lieu, les titres ne peuvent être distraits de l'actif de la masse, les personnes ayant des prétentions ne pouvant que produire leurs créances à l'état de collocation"*. L'Office termine en priant Me Frédéric COTTIER de lui faire parvenir le certificat d'actions.

Le 11 février 2009, Me Tal SCHIBLER, conseil de M. K_____, M. S_____ et de Mme W_____, écrivait à l'Office pour relever que le certificat d'actions a été émis par erreur en faveur de feu M. G_____, puisqu'il avait revendu ses actions avant l'émission dudit certificat. Il terminait en souhaitant trouver une issue rapide à ce problème, étant donné que selon lui, les faits ne sont pas contestés.

Ayant appris que l'Office exigeait de Me Frédéric COTTIER la remise du certificat d'actions litigieux, Me Tal SCHIBLER, après s'être opposé directement auprès de ce dernier à la remise de ce document, a écrit à nouveau à l'Office le 23 février 2009 pour indiquer que ce certificat d'actions devait être annulé, subsidiairement, pour revendiquer au nom de ses mandants ce certificat d'actions.

Le 20 avril 2009, Me Tal SCHIBLER a réitéré sa demande que l'Office impartisse un délai pour que ses mandants puissent agir en justice.

Le 6 mai 2009, l'Office a écrit à Me Tal SCHIBLER, lui indiquant ne pas pouvoir lui octroyer un délai de 20 jours pour revendiquer le certificat d'actions litigieux du fait que *"nous sommes en possession d'un certificat de 697'000 actions de la société O_____ Inc. et non de 250'000 actions (Mme W_____), 200'000 actions (M. S_____) et de 50'000 actions (M. K_____). Partant nous ne détenons pas le bien réclamé, bien qui n'existait au demeurant pas lors du prononcé de la faillite sous la forme prétendument cédé. Il apparaît en outre qu'il n'était à cette même date pas certain que la mutation en actions de O_____ Inc. se fasse"*.

Me Tal SCHIBLER a écrit à nouveau à l'Office le 13 mai 2009, pour indiquer que la problématique consiste justement dans le fait que le certificat litigieux incorpore des droits en faveur de ses clients, objet de sa revendication. Il réitère sa demande qu'il soit octroyé en faveur de ses mandants un délai pour ouvrir action conformément à l'art. 107 al. 5 LP. A défaut, il prie l'Office de bien vouloir considérer son courrier comme une plainte au sens de l'art. 17 LP.

- C. L'Office a ainsi transmis le courrier de Me Tal SCHIBLER du 13 mai 2009 à la Commission de céans qui a imparti à ce dernier par courrier du 26 mai 2009 un délai au 9 juin 2009 pour motiver sa plainte et produire la décision querellée, sous peine d'irrecevabilité de la plainte (art. 13 al. 1 et 2 LaLP).

Le 9 juin 2009, Me Tal SCHIBLER a complété, au nom et pour le compte de ses mandants, sa motivation. Les plaignants indiquent avoir un droit de propriété sur le certificat d'actions, à concurrence de 250'000 actions (Mme W_____), 20'000 actions (M. S_____) et de 50'000 actions (M. K_____) sur les 697'000 actions que représente ce certificat, établi à tort au nom de feu M. G_____. Les plaignants estiment que ces faits sont établis puisque non contestés par les principaux intéressés dans ce dossier qui s'accordent tous à dire que ce certificat d'actions a été établi ainsi suite à une erreur de Me Martin MUSHKIN, avocat chargé de procéder à la conversion des actions. Ainsi, les plaignants estiment que l'Office doit leur impartir un délai de 20 jours pour ouvrir action conformément à l'art. 107 al. 5 LP. Les plaignants ont assorti leur plainte d'une demande d'effet suspensif.

- D. La Commission de céans a rejeté la demande d'effet suspensif par ordonnance du 10 juin 2009, un effet suspensif ne pouvant être accordé pour une décision négative de l'Office. Néanmoins, à titre de mesure provisionnelle, la Commission de céans a invité l'Office à surseoir à tout acte de disposition sur le certificat d'actions contesté, jusqu'à droit jugé dans la présente procédure.
- E. Invité à déposer des observations, Me Frédéric COTTIER s'est déterminé le 1^{er} juillet 2009 et a invité la Commission de céans à se référer à son courrier à l'Office du 20 mars 2008 dont il confirme le contenu.

Pour sa part, Me Bénédicte FONTANET a fait parvenir ses observations le 2 juillet 2009, indiquant n'avoir plus aucune activité dans ce dossier depuis que P_____ SA a été déclarée en faillite ni n'avoir eu aucune emprise sur la liquidation de la succession de feu M. G_____. Il indique néanmoins avoir participé aux négociations auxquelles se réfèrent les plaignants et il n'a jamais été question qu'un certificat d'actions incorporant 697'000 actions d'O_____ Inc. soit établi au nom de feu M. G_____, "*lequel, précisément, collaborait en vue de permettre aux plaignants de rentrer, ne serait-ce que partiellement, dans leurs droits. En clair, il a bel et bien été prévu que six certificats d'actions différents (portant sur un total global de 697000 titres) soient émis au profit de chacune de ces six personnes entre lesquelles étaient ainsi répartis les titres, chacune en devenant seule et unique propriétaire d'un certain nombre d'entre eux*". Il termine en notant que dans la mesure où un certificat d'actions n'a pas d'effet constitutif, il considère que chacun des six plaignants serait susceptible de se prévaloir d'un droit de propriété sur les titres lui revenant.

- F. L'Office a fait parvenir son rapport explicatif le 25 juin 2009. Il conclut au rejet de la plainte. Il explique que tous les biens existant au moment de l'ouverture de la faillite forment une seule masse qui est affectée au paiement des créanciers. Cette masse comprend tous les objets pouvant faire l'objet d'une action révocatoire et c'est à bon droit qu'il a exigé de Me COTTIER la remise du certificat d'actions en question.

Si un tiers a une revendication sur un objet porté à l'inventaire, l'administration de la masse doit traiter cette revendication et a deux possibilités, soit d'impartir un délai fondé sur l'art. 242 LP au revendiquant pour ouvrir action, soit de proposer la cession des droits de la masse aux créanciers qui le désirent (art. 260 LP, art. 47 OAOF). En l'espèce, seul l'inventaire a été établi qui comprend un seul actif, soit le certificat d'actions litigieux.

Par voie de conséquence, l'Office considère que la liquidation n'ayant été ni ouverte en la forme sommaire, ni en la forme ordinaire, il ne peut à ce stade ni défendre ni céder les droits contre cette revendication, outre le fait qu'il ne peut distraire un bien dont il n'a pas la possession, puisque les certificats en question n'existaient pas lors de l'ouverture de la faillite.

- G. Invité par la Commission de céans à indiquer s'ils maintenaient leur plainte au vu des explications de l'Office, les plaignants ont répondu par l'affirmative le 17 juillet 2009. Ils indiquent que c'est évidemment du fait de l'erreur originelle de l'émission d'un seul certificat d'actions que l'Office n'est pas en possession de six certificats d'actions comme prévu et que par voie de conséquence ils ne pouvaient exister lors de l'ouverture de la faillite. C'est pour régler de telles situations que le législateur a prévu la possibilité de l'action en revendication de l'art. 242 LP.

EN DROIT

1. La présente plainte a été formée en temps utile auprès de l'autorité compétente contre une mesure sujette à plainte par une personne ayant qualité pour agir par cette voie (art. 17 LP ; art. 10 al. 1 et 13 LaLP ; art. 56R al. 3 LOJ).

Elle est donc recevable.

- 2.a. Dès qu'il a reçu communication de l'ouverture de la faillite, l'Office procède à l'inventaire des biens du failli et prend les mesures nécessaires pour leur conservation (art. 221 LP). Il détermine le mode de liquidation de la faillite, avec le concours du juge de la faillite en cas de liquidation sommaire ou de suspension pour défaut d'actif, la faillite étant même, dans cette dernière hypothèse, clôturée faute d'actif si la continuation de sa liquidation n'est pas décidée à la suite d'une

avance de frais effectuée par des créanciers ou de la découverte d'autres actifs (art. 230 à 231 LP).

En effet, selon l'art. 230 al. 1 LP, lorsqu'il est probable que la masse ne suffira pas à couvrir les frais de liquidation sommaire, le juge qui a ordonné la faillite prononce la suspension de celle-ci à la demande de l'Office (art. 230 al. 1 LP). Le jugement du Tribunal de première instance prononçant la suspension de la faillite lie l'Office et la Commission de créanciers. Le juge de la faillite peut, à la demande de l'office, reconsidérer sa décision de suspendre la liquidation de la faillite, faute d'actif (ATF 102 III 82, JdT 1978 II 10, c. 2b).

L'Office publie alors cette décision, avec la précision que la faillite sera clôturée si, dans les dix jours, aucun créancier ne demande la continuation de la liquidation et ne fournit les sûretés exigées pour les frais qui ne seront pas couverts par la masse (art. 230 al. 2 LP).

- 2.b. Après que le mode de liquidation de la faillite a été déterminé et que l'ouverture de la faillite a été publiée (art. 232 LP), c'est l'administration qui est chargée des intérêts de la masse et pourvoit à sa liquidation (art. 240 LP). Si la liquidation est confiée à l'Office plutôt qu'à une administration spéciale (art. 231 al. 3 ch. 1 et art. 237 al. 2 LP), celui-ci continue donc à mener la procédure qu'il avait dû engager en vertu de sa mission légale et assumer déjà dans la perspective de défendre les intérêts de la masse (DCSO/604/04 consid. 3.b du 16 décembre 2004).

La tâche de l'administration consiste à poursuivre la formation de la masse active, débutée par la prise d'inventaire, à former la masse passive, à gérer les actifs composant la masse active, à les réaliser et à distribuer le produit de leur réalisation entre les créanciers admis à l'état de collocation, selon leur rang.

Afin de départager le patrimoine du failli de celui de tiers, la procédure de formation de la masse active comporte une sommation à ceux qui ont des revendications à faire valoir d'annoncer leurs revendications à l'Office et de lui remettre leurs moyens de preuve (art. 232 al. 2 ch. 2 LP). L'administration rend une décision sur la restitution des objets revendiqués par des tiers (art. 242 al. 1 LP) ; si elle conteste une revendication, elle fixe au revendiquant un délai de vingt jours pour ouvrir action en revendication contre la masse ou, le cas échéant, contre le créancier qui a demandé cession du droit de contester la revendication (art. 242 al. 2 LP ; cf. art. 45 ss OAOF).

- 2.c. En l'espèce, il est établi que le seul actif de cette succession répudiée est le certificat d'actions litigieux, dont elle a depuis quelques mois la possession.

Cela étant, au vu des pièces du dossier et des déterminations des parties, de l'inventaire contenant pour seul actif le certificat d'actions contesté, la Commission de créanciers considère que l'Office est en mesure de se déterminer à

brève échéance quant au mode de liquidation de cette faillite, soit de requérir du juge la suspension faute d'actif (art. 230 LP), soit de proposer au juge la liquidation sommaire (art. 231 LP) ou encore d'aller de l'avant dans une liquidation ordinaire, une décision devant être prise dans les meilleurs délais, une fois la présente décision réceptionnée, pour aller de l'avant dans la liquidation de cette faillite.

- 2.d. Néanmoins, en l'état, la Commission de céans partage l'avis de l'Office qu'il est prématuré, à ce stade de la procédure, de se déterminer, s'il est possible d'offrir aux plaignants la possibilité d'ouvrir action en revendication (art. 242 LP). En effet, la Commission de céans estime que la question peut rester ouverte en l'état, s'agissant d'une question qui peut ne pas se présenter suivant la voie choisie quant au mode de liquidation de la faillite en question et qu'il n'y a pas lieu en l'état de la trancher.

La plainte sera de ce fait rejetée.

* * * * *

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

A la forme :

Déclare recevable la plainte formée le 6 mai 2009 par M. K_____, M. S_____ et Mme W_____ contre la décision de l'Office des faillites du 6 mai 2009 dans le cadre de la faillite n° 2006 00XXXX S.

Au fond :

1. La rejette.
2. Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant : M. Philippe GUNTZ, président ; Mme Valérie CARERA et M. Philipp GANZONI, juges assesseur(e)s.

Au nom de la Commission de surveillance :

Paulette DORMAN
Greffière :

Philippe GUNTZ
Président :

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