



POUVOIR JUDICIAIRE

DCSO/251/10

DÉCISION

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

DU JEUDI 20 MAI 2010

Cause A/171/2010, plainte 17 LP formée le 18 janvier 2010 par **M. S_____**.

Décision communiquée à :

- **M. S_____**

- **Masse en faillite de A_____ SA**
(faillite n° 2005 000xxx T/OFA3)

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.a. A_____ SA est une société anonyme de droit suisse, dont le but social était le développement et le commerce de produits et systèmes informatiques ainsi que des prestations de service dans ce domaine.

M. F_____ était administrateur unique de cette société et M. B_____ était l'un de ses directeurs. Ils étaient tous deux pourvus d'une signature individuelle.

A_____ SA a vu sa faillite prononcée par le Tribunal de première instance le 15 mars 2005.

A.b. Par courrier du 7 octobre 2009, l'Office des faillites (ci-après : l'Office) a écrit à M. S_____, avocat de profession, afin qu'il veuille bien verser d'ici au 21 octobre 2009 la somme de 20'000 fr., celui-ci étant, selon les déclarations de M. F_____, en possession de 20'000 fr. qui reviendraient à la masse en faillite.

M. S_____ a répondu à l'Office par courrier du 6 novembre 2009, pour indiquer ne pas trouver trace d'une telle somme sur le compte de son Etude et invitant l'Office à lui communiquer tous justificatifs en sa possession, en relation avec les affirmations contenues dans son courrier du 7 octobre 2009.

L'Office a communiqué par courrier du 11 décembre 2009 les justificatifs demandés et a imparti à Me S_____ un nouveau délai au 23 décembre 2009 pour s'exécuter. Parmi les justificatifs fournis, figure un courrier de M. F_____ à M. S_____ du 25 février 2005 par lequel il indique que "*M. B_____ devant rembourser le compte A_____ SA à hauteur de Fr. 20'000.-, je suggère de prélever cette somme des disponibilités de T_____ SA et de les faire transiter par votre étude pour le remboursement à A_____ SA*". Dans un second courrier de M. F_____ à M. S_____ également du 25 février 2005, il est également écrit que "*e) En ce qui concerne les montants versés (à des avocats), ils sont justifiés par vos honoraires d'une part et, d'autre part, il a été convenu que M. B_____ remboursera les Fr. 20'000.- d'avance qui ont transités sur les comptes de votre étude. Ceci doit se faire rapidement pour assurer le paiement des salaires de février 2005*". Dans un échange de courriel des 3 et 16 mars 2005 entre une certaine Mme F_____ et M. B_____, celle-ci invitait ce dernier à indiquer de quelle manière il pensait verser la somme de 20'000 fr., l'intéressé répondant uniquement qu'il n'arrivait pas à la contacter. M. F_____ mentionnait dans un courrier du 12 avril 2005 à l'Office l'existence de cette créance de 20'000 fr. de M. B_____ puis dans un autre courrier du 23 août 2005 toujours à l'Office, que cette somme était détenue par M. S_____.

M. S_____ a écrit à l'Office le 23 décembre 2009 pour lui indiquer qu'il n'apparaît pas à la lecture des documents reçus que M. B_____ ait pris expressément l'engagement de verser à la masse le montant de 20'000 fr. dont il est fait état et n'être pas en possession d'instructions de ce dernier allant dans ce sens. Il terminait en indiquant que sitôt la détermination de M. B_____ connue, il en ferait part à l'Office.

Par fax et courrier recommandé du 5 janvier 2010, l'Office a fixé un ultime délai à M. S_____ pour s'exécuter d'ici au 20 janvier 2010, en lui rappelant la teneur de l'art 222 LP.

- B. Par acte du 18 janvier 2010, M. S_____ a porté plainte auprès de la Commission de céans contre la décision de l'Office du 5 janvier 2010 dont il conclut à l'annulation, avec suite de dépens.

M. S_____ indique avoir reçu le 15 mars 2005 de M. F_____ une somme de 20'000 fr. pour le compte de M. B_____ et d'avoir signé une quittance pour ce faire. M. S_____ affirme avoir reçu pour instruction à fin août 2009 de M. B_____ de lui transférer la somme de 20'000 fr. et d'avoir été relancé par ce dernier par courriel le 9 octobre 2009. Le même jour, l'Office l'a invité à verser cette somme à la masse. S'en est suivi un échange de correspondance, le plaignant relevant n'avoir jamais reçu pour instruction de M. B_____ de verser cette somme à la masse.

Le plaignant fait grief à l'Office d'avoir violé l'art. 222 LP, pour avoir retenu comme faisant partie de la masse de la société faillie la somme de 20'000 fr. versée par M. F_____ pour le compte de M. B_____ en ses mains. Or, en l'espèce, le plaignant considère que la somme en question ne peut être considérée comme étant un bien appartenant au débiteur, alors qu'il est démontré pièce à l'appui que M. B_____ est seul titulaire et ayant droit de la somme de 20'000 fr. et que l'on ignore en l'espèce si M. B_____ est débiteur de A_____ SA et si la somme de 20'000 fr. appartient à cette dernière.

La plainte est assortie d'une demande d'effet suspensif.

- C. Par ordonnance du 21 janvier 2010, la Commission de céans a admis la demande d'effet suspensif.
- D. L'Office a fait parvenir son rapport daté du 15 février 2010. Il conclut à ce que la plainte soit déclarée irrecevable pour cause de tardiveté, le courrier de l'Office du 5 janvier 2010 n'étant que la confirmation d'une décision déjà prise par l'Office le 11 décembre 2009.

Pour le surplus, l'Office note qu'à l'examen des pièces en sa possession, que la faillie avait une créance de 20'000 fr. contre M. B_____, que cette somme a été versée par M. B_____ à son conseil, en faveur de A_____ SA et que cette

créance n'étant toujours pas éteinte, M. B_____ demeure débiteur de la masse. L'Office note pour le surplus que le plaignant ne détient pas d'avoirs clairement identifiés appartenant à la masse, tel par exemple si cette somme avait été clairement séparée dans sa comptabilité. L'Office indique ignorer où se trouve M. B_____.

- E. Ayant sollicité le droit de répliquer, M. S_____ a déposé son écriture le 12 mars 2010. Il note avoir été l'avocat personnel de M. B_____ et qu'il considère que les documents en sa possession, soit les pièces 11 et 12 de son chargé de pièces, ne représentent pas à ses yeux un engagement exprès de son mandant de rembourser la somme de 20'000 fr. à A_____ SA et que les affirmations de M. F_____ sont étayées par aucune pièce. La quittance du 15 mars 2005 atteste selon lui uniquement du fait que M. F_____ lui a remis une somme de 20'000 fr. pour le compte de M. B_____, qui est toujours sur le compte de son Etude et que M. B_____ veut se voir versée. M. S_____ se refuse donc à verser cette somme à l'Office au risque de devoir verser une seconde fois ce montant à M. B_____.
- F. Bien que la possibilité lui en ait été offerte, l'Office n'a pas déposé d'écriture de duplique.

EN DROIT

- 1.a. La présente plainte a été formée en temps utile auprès de l'autorité compétente (art. 17 LP ; art. 10 al. 1 et 13 LaLP), le grief du plaignant ayant trait à une violation de l'art. 222 LP.

En l'espèce, si la question de savoir si l'acte attaqué est une mesure sujette à plainte doit faire l'objet d'un examen plus approfondi (consid. 2 à 4), il apparaît en revanche que, le cas échéant, le plaignant aurait qualité pour agir, étant la personne visée par la décision querellée et touchée par la mesure prise dans ses intérêts dignes de protection (cf. avis apparemment contraire de Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 243 n° 13, et de Nicolas Jeandin / Philipp Fischer, in CR-LP, ad art. 243 n° 8), ainsi que dans le respect des exigences de forme et de contenu posées par la loi (art. 13 al. 1 et 2 LaLP). Sous réserve donc que l'acte contesté soit bien une mesure attaquable par cette voie, la présente plainte devrait être déclarée recevable.

- 1.b. Au sens de l'art. 17 al. 1 LP, les actes attaquables à défaut de voie judiciaire ouverte sont les mesures individuelles et concrètes ayant une incidence sur la poursuite en cours, qu'elles font avancer en déployant des effets externes aux organes de l'exécution forcée agissant dans l'exercice de la puissance publique (ATF 116 III 91 consid. 1 ; Nicolas Jeandin, Poursuite pour dettes et faillite. La plainte, FJS n° 679, ad III.A, p. 6 ; Franco Lorandi, *Betreibungs-rechtliche Beschwerde und Nichtigkeit*, Kommentar zu den Artikeln 13-30 SchKG, Bâle-

Genève-Munich 2000, ad art. 17 n° 46 ss ; Flavio Cometta, in SchKG I, ad art. 17 n° 18 ss ; Kurt Amonn / Fridolin Walther, Grundriss, 7^{ème} éd., 2003, § 6 n° 7 ss). Pour être attaquables par la voie de la plainte, lesdites mesures doivent être de nature à créer ou à modifier une situation du droit de l'exécution forcée (Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 17 n° 9 ss, avec citation des ATF 31 I 219 et ATF 36 I 420 ; Walter A. Stoffel, Voies d'exécution, § 2 n° 65, avec citation de l'ATF 116 III 91, cons. 1 ; Pauline Erard, in CR-LP, ad art. 17 n° 10 ss ; Carl Jaeger / Hans Ulrich Walder / Thomas M. Kull / Martin Kottmann, SchKG, 4^{ème} éd., 1997, ad art. 17 n° 18).

- 1.c. Dans de précédentes décisions (DCSO/298/05 du 17 mai 2005 et DCSO/161/06 du 9 mars 2006), la Commission de céans avait jugé que l'injonction de l'Office et l'annonce l'accompagnant qu'à défaut de paiement, des démarches civiles et pénales seraient entreprises à l'encontre de la plaignante, n'étaient pas sujettes à plainte.

En l'espèce, l'acte attaqué présente deux facettes, à savoir d'une part une injonction de verser à l'Office l'équivalent de la somme détenue après le prononcé de la faillite, et d'autre part une commination pénale à l'encontre du plaignant à défaut d'exécution dans le délai imparti.

Si le fait de devoir verser ce montant est une mesure individuelle et concrète ayant une incidence sur la poursuite en cours, il s'agit avant tout pour l'Office d'émettre une prétention et, à défaut, d'obtenir le versement de la somme réclamée et, à défaut, de provoquer une prise de position de la personne visée.

A l'égard de créances litigieuses, l'Office a aussi au moins la faculté, à défaut du devoir, de les faire valoir lui-même par la voie judiciaire, quitte à consulter les créanciers à ce sujet par voie de circulaire - donc par exemple de mener un procès contre un tiers ayant libéré à tort une garantie locative, en vue d'obtenir le paiement d'une somme équivalente -, ou, si la rentabilité d'une telle démarche n'apparaît pas suffisante et certaine, de proposer aux créanciers de renoncer à ce qu'il mène lui-même une procédure et, à défaut de décision contraire de leur part, de leur offrir la cession des droits de la masse à propos d'une telle créance (art. 260 LP), par le biais d'une circulaire claire et complète plaçant les créanciers dans la situation de se décider en connaissance de cause (DCSO/275/04 consid. 6.b du 27 mai 2004).

- 1.d. Ainsi, la simple annonce qu'à défaut de paiement dans le délai imparti l'Office procéderait par la voie pénale (et/ou, le cas échéant, par la voie civile) ne suffit pas à conférer un caractère décisionnaire à l'injonction de l'Office de lui verser l'équivalent de la somme détenue sur les comptes de son Etude, car elle n'a pas d'autre portée qu'une déclaration d'intention.

En effet, dans l'hypothèse où M. S _____ ne s'exécuterait pas dans le délai prescrit, il incombera à l'Office d'agir par toutes les voies de droit qui lui

sembleront utiles et opportunes pour recouvrer ce montant qu'il estime revenir à la masse, voire le cas échéant de renoncer à agir et de proposer la cession des droits (art. 260 LP). Il sera rappelé également qu'il n'appartient pas à la Commission de céans de déterminer si c'est avec raison que M. S _____ se refuse à donner suite à l'injonction de l'Office, mais au juge civil.

Ainsi, étant donné que le courrier du 5 janvier 2010 n'est qu'une déclaration d'intention de l'Office et qu'il ne s'agit donc pas d'une décision au sens de la loi (art. 17 al. 1 LP) et de la jurisprudence, la plainte sera ainsi déclarée irrecevable.

* * * * *

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

Déclare irrecevable la plainte formée le 18 janvier 2010 par M. S_____ contre le courrier du 5 janvier 2010 de l'Office des faillites dans le cadre de la faillite n° 2005 000xxxT.

Siégeant : M. Philippe GUNTZ, président ; M. Didier BROSSET et M. Denis MATHEY, juges assesseurs.

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