



POUVOIR JUDICIAIRE

DCSO/195/10

DÉCISION

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

DU JEUDI 15 AVRIL 2010

Cause A/605/2010, plainte 17 LP formée le 18 février 2010 par **M. P_____**, élisant domicile en l'étude de Me Thierry ADOR, avocat, à Genève.

Décision communiquée à :

- **M. P_____**
domicile élu : Etude de Me Thierry ADOR, avocat
Avenue Krieg 44
Case postale 45
1211 Genève 17

- **Masse en faillite de C_____ SA en liquidation**
(faillite n° 2008 000XXX Z)

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. C_____ SA est une société anonyme inscrite le 15 novembre 2002 et dont le siège est à C_____ (GE). Elle a pour but le développement et l'exploitation d'un ou plusieurs établissements de restauration, l'organisation d'évènements, la vente à l'emporter et distribution de produits alimentaires et de boissons. Du 16 mars 2006 au 27 mars 2007, elle comptait comme administratrice Mme S_____, celle-ci étant même administratrice unique à partir du 12 mai 2006.

Cette société a été déclarée dans un premier temps dissoute d'office (art. 708a CO) selon publication à la FOOSC du 7 mai 2008, faute d'administrateur, avant que le Tribunal de première instance ne prononce la faillite de cette société le 27 mai 2008, avec effet le même jour. Cette faillite est liquidée en la forme sommaire et son état de collocation a été déposé le 18 février 2009.

A.b. M. P_____ est un ancien administrateur de la faillie, ayant exercé ce mandat entre le 18 mai 2004 et le 26 juillet 2004.

A la suite de litiges avec Mme O_____, l'une des animatrices principales de la faillie, il a diligenté une procédure de recouvrement contre l'intéressée, qui s'est terminée par un acte de défaut de biens d'un montant de 48'804 fr. 30 le 6 mars 2009 dans le cadre de la poursuite n° 04 xxxx45 Y. Mme O_____ a également été condamnée pénalement pour inobservation des règles de la procédure de poursuite pour dettes (art. 323 ch. 2 CP) par ordonnance de condamnation du 12 juillet 2007, pour avoir dissimulé le fait d'être détentrice de 78% du capital social de C_____ SA.

M. P_____ est également au bénéfice d'un jugement n° JTPI/11543/2008 du 4 septembre 2008, condamnant C_____ SA à lui verser les sommes de 29'400 fr. et 3'000 fr. plus intérêts et dépens. Sur cette base, il a été colloqué en troisième classe pour 42'458 fr. 50.

A.c. L'un des créanciers colloqués, C_____ SA, en charge de l'établissement des comptes, a écrit à l'Office le 16 juin 2008 pour attirer son attention sur le fait que Mme O_____, actionnaire, animatrice et administratrice de fait de la faillie, semble avoir encaissé des sommes importantes à son profit, au détriment de la société et de ses créanciers. Elle prend pour exemple que les actionnaires étaient les débiteurs de la société pour 286'757 fr. 15, somme qui n'a jamais été remboursée ou encore le cas de la vente d'un fond de commerce pour la somme de 108'000 fr., versée certainement en espèce à Mme O_____ qui l'a conservée.

L'Office, qui avait inventorié des prétentions contre Mme O_____, a adressé une circulaire en date du 6 janvier 2010 aux créanciers, afin qu'ils se déterminent sur

la question de renoncer à agir en responsabilité contre Mme O_____ et leur proposant la cession des droits (art. 260 LP).

Le 26 janvier 2010, le conseil de M. P_____ a écrit à l'Office pour solliciter en sa faveur la cession des droits de la masse, précisant qu'"il s'agit en particulier du droit d'agir en responsabilité contre les anciens administrateurs et organes de fait (notamment Mesdames O_____, S_____ et A_____ ainsi que Messieurs C_____, F_____, G_____ et E_____), ainsi que contre les réviseurs (notamment G_____ SA) de la faillie et toute autre personne dont la responsabilité civile ou pénale semble engagée, notamment les repreneurs du fond de commerce de la faillie et les personnes ayant participé à la convention en question (notamment Monsieur et Madame D_____ et Madame A_____)"

L'Office a répondu par la négative à cette requête par courrier du 4 février 2010, indiquant "qu'il n'est pas question d'inventorier une prétention en responsabilité contre les repreneurs du fond de commerce à savoir Monsieur et Madame D_____. En effet, ceux-ci n'ont strictement rien à voir dans la gestion de la Société C_____ SA en liquidation, décision irrévocable pouvant faire l'objet d'une plainte 17 LP". L'Office a invité par contre M. P_____ à fournir les coordonnées des autres organes désignés afin de permettre à l'Office de les aviser qu'une prétention à leur encontre a été portée à l'inventaire, et que faute de réponse dans les dix jours dès réception de la présente, il considérerait qu'il renonce à toute action contre ces organes.

- B. Par acte du 18 février 2010, M. P_____ a porté plainte auprès de la Commission de céans, contre le refus d'inventorier une prétention contre M. et Mme D_____, en tant qu'organe de fait de la faillie au sens de l'art. 754 CO. Il conclut à ce que la décision entreprise soit annulée et qu'il soit ordonné à l'Office d'inventorier une prétentions contre ceux-ci, avec suite de dépens.

A l'appui de sa plainte, M. P_____ explique que dans le cadre du contrat de vente du 23 novembre 2006 entre C_____ SA et les époux D_____ concernant le fond de commerce de cette dernière, il est indiqué que la société était représentée par Mesdames S_____, Mme O_____ et sa fille, Mme A_____ mais que Mme S_____ n'avait pas signé ce contrat, alors qu'elle avait à l'époque elle seule le pouvoir d'engager la société. Dans ce contrat (art. 11), il est prévu que les acquéreurs s'engageaient à acheter en exclusivité les produits de la société C_____ & GO Sàrl, gérée par Mmes A_____ et J_____, filles de Mme O_____, qui sont toutes deux étudiantes. Le plaignant estime que ces dernières agissaient à titre fiduciaire aux seules fins de dissimuler le nom de leur mère.

Juridiquement, le plaignant estime que les époux D_____, au vu du contexte de la vente du fond de commerce de la faillie, "ont agi et continuent d'agir en tant qu'organe de fait de la faillie, ou tout du moins en tant que délégués de la gestion de cette dernière". A l'appui de cette conclusion, le plaignant relève que le

contrat a été signé par des personnes ne disposant pas du pouvoir de disposer, ce dont les époux D_____ auraient dû se rendre compte et qu'ils ont versé la somme de 108'000 fr. à une personne qui n'avait aucun pouvoir formel au sein de la faillie (Mme O_____). De plus, le contrat de vente obligeait les acheteurs à se fournir en exclusivité auprès d'une société contrôlée par cette même Mme O_____. Partant, le plaignant estime que les liens unissant les époux D_____ à la faillie et à C_____ & GO Sàrl sont très étroits, au point que les époux D_____ doivent être considérés comme de véritables organes de la faillie et qu'ils "*ne sauraient non plus sérieusement prétendre qu'ils ignoraient le stratagème soigneusement mis en place pour léser les créanciers de la faillie*".

- C. L'Office a remis son rapport daté du 12 mars 2010, concluant au rejet de la plainte. L'Office indique qu'il figure au bilan le prix de vente de 108'000 fr. et que Mme O_____ l'aurait conservé, tel que le relève C_____ SA, chargée de la tenue des comptes. Ainsi, les époux D_____ s'étant acquittés en espèce du prix convenu, ils ne sont plus débiteurs de la masse ou de la société en faillite. L'Office termine en considérant qu'il n'a pas refusé de porter à l'inventaire une prétention litigieuse, mais une prétention inexistante. L'Office considère ainsi que selon le principe de la bonne foi, il doit refuser d'inscrire une telle prétention.

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.b. En cas de faillite, l'Office inventorie tous les biens qui se trouvent chez le failli (art. 221 LP), y compris, en particulier, les créances du failli contre des tiers, qu'elles soient contestées ou non, ainsi que les droits et prétentions de la masse, telles que les prétentions en responsabilité contre un organe du failli et les prétentions révocatoires (François Vouilloz, in CR-LP ad art. 221 n° 4 ss, spéc. 11 et 12 et les références citées ; Walter A. Stoffel, Voies d'exécution, § 11 n° 55).

En revanche, selon la jurisprudence de l'ancienne Chambre des poursuites et des faillites du Tribunal fédéral, une prétention en dommages-intérêts contre l'administration de la faillite en raison de sa responsabilité pour les actes relevant de ses tâches n'est pas un droit existant en faveur de la masse qui doit être porté à l'inventaire (ATF 114 III 21 consid. 5, JdT 1990 II 43 ; ATF 43 III 281, JdT 1918 II 13). Une telle prétention ne tombe pas dans la masse car ce n'est ni un droit patrimonial du failli existant au moment de l'ouverture de la faillite ni un droit qui lui échoit avant la clôture de la faillite. Il ne s'agit pas non plus d'un droit

spécifique dont la masse est titulaire en tant que telle, comme les prétentions révocatoires, ou qu'elle a seule qualité pour exercer. Il s'agit bien plutôt d'une prétention commune de la communauté des créanciers contre certains de ses organes légaux, les créanciers composant la masse passive en étant les créanciers collectifs (note de bas de page n° 3 ad JdT 1990 II 46 ; ATF 43 III 281, 285 s., JdT 1918 II 13, 17).

- 2.c. Pour dresser l'inventaire, l'Office se fonde, notamment, sur les livres comptables et les papiers d'affaires qu'il a pris sous sa garde (art. 223 al. 2 LP), l'interrogatoire du failli (art. 37 let. a OAOF), les envois postaux adressés au failli ou expédiés par lui (art. 38 OAOF), les allégations des créanciers, sans égard à l'opinion qu'il peut avoir sur l'appartenance du droit patrimonial à la masse active (Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 221 n° 11 ss et ad art. 242 n° 9 ; cf. ég. François Vouilloz, in CR-LP, ad art. 221 n° 3 et n° 16 ss). Lorsque l'existence d'un droit ou son appartenance à la masse est litigieuse, l'Office doit s'en tenir aux allégations des créanciers et inventorier le droit dans la masse (ATF 104 III 23 consid. 2, JdT 1980 II 30 ; cf. ég. ARGVP 2000, p. 114 ; REP 1999, p. 287 ; PKG 1997, p. 127 consid. 2 ; ZGGVP 1995, p. 84 consid. 1b) ; BJM 1994, p. 144 consid. 2). Il reviendra ensuite à la masse de décider de faire valoir la prétention ou y renoncer. En cas de renonciation, les créanciers qui le demanderont obtiendront qu'il leur soit fait cession de la prétention de façon à pouvoir poursuivre la réalisation du droit litigieux en lieu et place de la masse (art. 260 al. 1 LP ; ATF 104 III 23 précité).

La seule hypothèse reconnue par la jurisprudence permettant à l'Office de refuser d'inventorier un droit est l'incessibilité manifeste, absolument patente, dudit droit (ATF 81 III 122, 123, JdT 1956 II 25 ; ATF 58 III 113, JdT 1933 II 11 ; Isabelle Romy, in CR-LP ad art. 197 n° 4).

L'inventaire, même reconnu et signé par le failli (art. 228 LP ; art. 29 et 30 OAOF), peut être rouvert et complété jusqu'à la clôture de la faillite (DCSO/458/03 du 27 octobre 2003 consid. 3 et 5.b ; DCSO/78/2005 du 2 février 2005 consid. 3.a).

3. En l'espèce, il apparaît que la SNC M. et Mme D_____ est toujours inscrite au Registre du commerce.

L'Office motive son refus de porter à l'inventaire cette créance par le fait que cette prétention serait inexistante, le plaignant contestant cette façon de voir les choses.

A l'examen des pièces du dossier, la Commission de céans ne peut que relever le caractère insolite du contrat du 23 novembre 2006, celui-ci n'étant pas signé par Mme S_____, pourtant seule habilitée à représenter C_____ SA. De plus, il semble au vu des pièces produites que seule l'inscription au bilan de la faillie du prix de vente, à défaut de tout autre justificatif, laisse à penser que celui-ci aurait été acquitté, sans plus de certitudes. Quant à affirmer que ce montant aurait été

versé en liquide, de surcroît à Mme O_____, signataire de la convention, la Commission de céans constate que ce n'est en l'état que pure conjecture, étant précisé qu'il n'est pas prévu en l'article 2 de la convention, que celle-ci vaut quittance pour le versement des premiers 50'000 fr. à la signature. Il ne peut dès lors être catégoriquement exclu que cette vente soit fictive, comme le soutient implicitement le plaignant, et que les époux D_____ aient agi en tant qu'organe de fait de la faillie, voire sur délégation de compétence.

Ainsi, en l'état, la Commission de céans considère qu'aucun élément du dossier ne laisserait à penser que la demande de porter à l'inventaire cette prétention serait abusive (art. 2 al. 2 CC), du fait qu'elle serait clairement infondée, voir clairement inexistante.

La plainte sera ainsi admise et l'Office invité à porter à l'inventaire cette prétention en responsabilité contre M. D_____ et Mme D_____ en tant qu'organe de fait de la faillie.

4. La procédure de plainte est gratuite, en ce sens qu'il est en principe statué sans frais ni dépens (art. 20a al. 2 ch. 5 LP ; art. 61 al. 2 let. a et 62 al. 2 OELP).

* * * * *

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

A la forme :

Déclare recevable la plainte formée le 18 février 2010 par M. P_____ contre la décision de l'Office des faillites du 4 février 2010 dans le cadre de la faillite de C_____ SA comme à la maison en liquidation, faillite n° 2008 000xxx Z/OFA1.

Au fond :

1. L'admet.
2. Invite l'Office des faillites à mettre à l'inventaire une prétention en responsabilité contre M. D_____ et Mme D_____ en tant qu'organe de fait de la faillie (art. 754 CO).
3. Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant : M. Philippe GUNTZ, président ; Mme Florence CASTELLA et M. Christian CHAVAZ, 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