



POUVOIR JUDICIAIRE

DCSO/119/07

DÉCISION

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

DU JEUDI 8 MARS 2007

Cause A/4805/2006, plainte 17 LP formée le 22 décembre 2007 par C_____ SA,
élisant domicile en l'étude de Me Soli PARDO, avocat, à Genève.

Décision communiquée à :

- C_____ SA
domicile élu : Etude de Me Soli PARDO, avocat
5, rue Prévost-Martin
Case postale 60
1211 Genève 4

- Me L_____

- **Office des faillites**
(2003 000944 B / OFA3)
13, ch. de la Marbrerie
Case postale 1856
1227 Carouge

Le recours en matière civile est ouvert contre les décisions prises par la Commission de surveillance de l'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 22 septembre 2003, le Tribunal de première instance a prononcé la faillite de E_____ Sàrl.

Par jugement du 20 avril 2004, le Tribunal de première instance a ordonné la liquidation sommaire de cette faillite.

Sous ch. 158 de l'inventaire dressé par l'Office des faillites (ci-après : l'Office), figure une prétention en responsabilité contre M. A_____ en sa qualité d'organe de la faillie en application de l'art. 827 CO en relation avec les art. 754 ss CO.

L'état de collocation a été déposé le 18 août 2004. N'ayant fait l'objet d'aucune action en contestation, il est entré en force.

La créance de Me L_____, avocat, à hauteur de 31'028 fr. 60, au titre de frais et honoraires du 30 janvier 2003 au 22 septembre 2003, a été admise en 3^{ème} classe.

La créance de M. A_____ a été admise en 1^{ère} classe pour une somme de 33'600 fr. et en 3^{ème} classe à hauteur de 11'200 fr.

- B. Par courrier du 7 septembre 2004, Me L_____, agissant au nom et pour le compte de M. A_____, a demandé à l'Office de porter à l'inventaire de la faillite une créance de 600'000 fr. à l'encontre de C_____ SA. Le précité exposait que cette créance correspondait d'une part à des travaux exécutés par la faillie et non payés (250'430 fr.) et d'autre part aux dommages consécutifs à des travaux que la précitée avait dû refuser ainsi qu'aux bénéfices non réalisés (estimés à 350'000 fr.), le contrat conclu avec C_____ SA, qui prévoyait des travaux sur du long terme, ayant été résilié abruptement et sans préavis.

A la demande de l'Office, Me L_____ lui a transmis diverses correspondances liées à la créance invoquée.

Une prétention "*en paiement contre C_____ SA pour travaux non payés et dommage consécutif à une rupture de contrat*", pour un montant de 600'000 fr., a été portée à l'inventaire sous ch. 159.

Par courrier recommandé du 20 septembre 2004, l'Office a informé C_____ SA qu'il avait porté à l'inventaire des actifs de la faillie une prétention à son encontre de 600'000 fr. et qu'il adresserait prochainement une circulaire aux créanciers de la masse lesquels décideront quelle suite donner à cette affaire.

- C. Par circulaire du même jour, l'Office, en sa qualité d'administrateur de la masse en faillite, a informé les créanciers de l'état de fait, en particulier que C_____ SA

contestait sa responsabilité, et a indiqué qu'il jugeait qu'il sera difficile de procéder au recouvrement de la somme de 600'000 fr. sans déployer des montants disproportionnés. Aussi, proposait-il de renoncer aux démarches visant à l'encaissement de la prétention à l'encontre de C_____ SA. Les créanciers étaient invités à faire connaître leur avis d'ici au 15 octobre 2004 et, dans le cas où la majorité d'entre eux se rangerait à ce préavis, il était d'ores et déjà offert cession des droits de la masse à ceux qui souhaiteraient faire valoir ces prétentions à leurs risques et périls. Leur demande devait être faite par écrit auprès de l'Office dans le même délai.

Par décision du 22 novembre 2004, l'Office a cédé aux créanciers qui en avaient fait la demande dans le délai imparti, dont Me L_____, les prétentions susmentionnées. Un délai de deux ans était imparti aux créanciers cessionnaires pour faire valoir leurs droits dès réception de la cession.

- D. Par jugement du 7 mars 2005, le Tribunal de première instance a prononcé la clôture de la faillite de E_____ Sàrl.
- E. Par lettre recommandée du 6 juillet 2006, l'Office, suite à la modification de la qualité d'un créancier, a communiqué aux cessionnaires une nouvelle décision, annulant et remplaçant celle du 22 novembre 2004.
- F. En date du 20 novembre 2006, les créanciers cessionnaires, dont Me L_____, ont déposé auprès du greffe du Tribunal de première instance une demande en paiement tendant à ce que C_____ SA soit condamnée à leur payer les sommes de 250'000 fr. et de 350'000 fr. avec intérêt à 5% dès le 13 janvier 2003 au titre respectivement de travaux effectués et non payés et de dommages consécutifs à des travaux refusés suite à une résiliation abrupte et sans préavis du mandat ainsi qu'au bénéfice non réalisé.

Les parties ont été convoquées par le Tribunal de première instance aux fins de conciliation pour le mardi 9 janvier 2007.

- G. Par acte posté le 22 décembre 2006, C_____ SA a formé plainte contre la décision de l'Office du 6 juillet 2005 de céder les droits de la masse en faillite de E_____ Sàrl à Me L_____. Elle conclut à son annulation en tant qu'elle concerne ce dernier. C_____ SA allègue qu'elle n'a eu connaissance de l'existence de la cession à Me L_____ que le 14 décembre 2006 date à laquelle elle s'est vu notifier par le Tribunal de première instance une convocation pour une audience de conciliation à laquelle était joint un exemplaire de la demande en paiement formée, en particulier, par Me L_____ et qu'elle est directement touchée dans ses intérêts. Sur le fond elle fait valoir en résumé que la cession des droits de la masse en faveur du précité, qui a défendu les intérêts de la faillie dans le cadre d'un litige qui les opposait, est illicite car contraire à l'art. 35 de la loi sur la profession d'avocat (LPAv ; E 6 10) et, en tant que de besoin, également contraire aux mœurs, donc nulle, en vertu de l'art. 20 al. 1 CO. A ce sujet, la

plaignante déclare que les règles déontologiques les plus élémentaires de la profession d'avocat commande que celui-ci soit indépendant et que ses intérêts ne soient pas mélangés à ceux de son client, fût-il failli. Or, en intervenant personnellement comme cessionnaire des prétendues créances qu'il avait la charge de faire valoir, Me L_____ démontre qu'il n'a aucune distance, aucune indépendance par rapport à la mission qui lui était confiée.

Dans son rapport, l'Office rappelle la chronologie des faits et s'en remet à l'appréciation de la Commission de céans.

Invité à se déterminer, Me L_____ conclut, avec suite de dépens, à l'irrecevabilité de la plainte, subsidiairement à son rejet et demande à ce que la plaignante soit condamnée à une amende pour téméraire plaideur, se référant à l'art. 40 LPC applicable par analogie. En substance, Me L_____ conteste l'intérêt à agir de C_____ SA relevant que même si la cession des droits de la masse en sa faveur devait être annulée le montant réclamé à C_____ SA ne serait pas diminué de celui de sa créance. Il explique, par ailleurs, qu'il n'est pas devenu cessionnaire d'un droit litigieux mais uniquement cessionnaire d'une légitimation procédurale.

EN DROIT

- 1.a. La Commission de céans est compétente pour statuer en instance unique sur les plaintes en matière d'exécution forcée lorsqu'une mesure de l'office est contraire à la loi ou ne paraît pas justifiée en fait (art. 56R al. 3 LOJ ; art. 10 al. 1 LaLP ; art. 17 al. 1 LP).
- 1.b. La plainte doit être déposée dans les dix jours de celui où le plaignant a eu connaissance de la mesure (art. 17 al. 2 LP).
- 1.c. L'existence d'un intérêt à saisir l'autorité de surveillance d'une plainte est la condition même de la recevabilité de la plainte et doit être examinée d'office. La qualité pour porter plainte est reconnue à toute personne lésée ou exposée à l'être dans ses intérêts juridiquement protégé, ou tout au moins touchée dans ses intérêts de fait, par une mesure ou une omission de l'organe de poursuite (ATF 120 III 42 consid. 3 ; Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire ad. art. 17 n° 140 ss ; Kurt Amonn / Fridolin Walther, Grundriss, 7^{ème} éd. 2003, § 6, n° 23 ss). Il n'est pas nécessaire que le plaignant ait été partie à la procédure d'exécution forcée pendante ou close, qu'il soit le destinataire de l'acte de poursuite attaqué (Pierre-Robert Gilliéron, op. cit. ad art. 17 n° 159 et les jurisprudences citées).
2. En l'espèce, la plainte est dirigée par un tiers non créancier de la faillie contre la cession des droits de la masse en tant qu'elle concerne l'un des cessionnaires au motif qu'elle violerait une disposition de droit cantonal (art. 35 LPAV), subsidiairement qu'elle serait nulle car contraire aux mœurs (art. 20 al. 1 CO).

Il n'est pas contesté que tous les créanciers lésés par une cession irrégulière peuvent porter plainte y compris la personne contre laquelle est dirigée la prétention cédée à la condition qu'elle soit également créancière. Dans un arrêt paru aux ATF 119 III 81 (JdT 1996 II 83) le Tribunal fédéral n'a pas résolu expressément la question de savoir si un tiers non créancier, par exemple la personne contre qui est dirigée la prétention qui fait l'objet de la cession litigieuse, peut déposer plainte. Jean-Luc Tschumy ("Quelques réflexions à propos de la cession des droits de la masse au sens de l'art. 260 LP" in JdT 1999 II 34 ss), se référant au rappel fait par la Haute Cour dans l'arrêt précité à savoir que "*selon la jurisprudence et la doctrine, la qualité pour recourir (au sens de l'art. 18 et 19 LP) doit être reconnue à toute personne touchée dans ses intérêts juridiquement protégé par une mesure de l'Office*", considère -à l'instar d'autres auteurs qu'il cite en p. 40 à la note 42- que le tiers lésé par une cession irrégulière a aussi qualité pour porter plainte même s'il n'est pas créancier.

Faisant sien cet avis, la Commission de céans admettra que la plaignante a qualité pour agir.

Dirigée contre un acte de l'administration de la faillite, la plainte a, par ailleurs, été déposée dans le délai prescrit, soit dans les dix jours à compter de la date à laquelle la plaignante a eu connaissance de la cession par la notification le 14 décembre 2006 de la convocation pour une audience de conciliation devant le Tribunal de première instance à laquelle était joint un exemplaire de la demande en paiement formée par les cessionnaires.

La plainte sera en conséquence déclarée recevable.

3. La cession des droits de la masse, au sens de l'art. 260 LP, est un mode spécial de réalisation des actifs. Elle est prévue pour le cas où l'ensemble des créanciers renonce à la réalisation et elle sert à améliorer le produit de la faillite. Le produit de la réalisation revient en premier lieu aux créanciers du failli qui ont dû assumer le risque de conduire le procès, tandis que la masse ne reçoit que l'excédent (ATF 113 III 21, JdT 1989 II 67 et les jurisprudences citées).

La cession des droits de la masse de l'art. 260 LP est une institution *sui generis* du droit des poursuites et du droit procédural offrant une analogie avec la cession des art. 164 ss CO et avec le mandat des art. 394 ss CO. Elle diffère toutefois de la cession des art. 164 ss CO en ce qu'elle a pour seul objet le droit d'agir en justice. Après la cession, les prétentions cédées continuent d'appartenir à la masse. La cession confère uniquement au créancier le droit de conduire le procès, de faire valoir les prétentions litigieuses à la place de la masse mais en son propre nom, à ses frais et à ses risques. Il s'y attache un droit de préférence, celui de se satisfaire, avant tous les autres créanciers du failli, sur le résultat éventuel du procès à concurrence de l'entier de sa propre créance contre le failli (ATF 105 III 135, JdT

1981 II 66 ; ATF 111 II 81, JdT 1985 II 576 ; ATF 113 III 35, JdT 1990 II 90 ; ATF 122 III 488).

Des considérants qui précèdent il s'ensuit que l'argument de la plaignante selon lequel Me L_____ serait devenu cessionnaire de la créance de la faillie à son encontre tombe à faux et que l'Office n'a par conséquent pas violé les art. 35 LPAv et 20 al. 1 CO invoqués par la précitée.

Infondée, la plainte doit être rejetée.

4. Selon l'art. 20a al. 2 ch. 5 LP -seule disposition applicable en l'espèce- dont la teneur est identique à l'ancien art. 20a al. 1 LP, les procédures sont gratuites. La partie ou son représentant qui use de procédés téméraires ou de mauvaise foi peut être condamné à une amende de 1'500 fr. au plus ainsi qu'au paiement des émoluments et des débours.

Cette disposition permet de sanctionner un recours aux institutions judiciaires voué à l'échec, qui serait fait à des fins purement dilatoires et en violation des règles de la bonne foi (Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 20a n° 19 ; Flavio Cometta, in SchKG I, ad art . 20a n° 11 ; Franco Lorandi, op. cit. ad art. 20a n° 13 ss ; Kurt Amonn / Fridolin Walther, Grundriss, 7^{ème} éd. 2003, § 13 n° 14). A l'absence de toute chance de succès de la plainte doit s'ajouter le dessein d'agir de manière téméraire (Pauline Erard, in CR-LP, ad art. 20a n° 44 ss). La responsabilité de l'argumentation avancée pèse prioritairement sinon exclusivement sur le mandataire, à tout le moins lorsque celui-ci est avocat et, en tant que tel, soumis à un devoir d'indépendance et de diligence (art. 12 let. a et b de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats – RS 935.61 – LLCA ; ATF 7B.216/2004 du 16 décembre 2004, consid. 3.4, rendu sur recours contre la DCSO/502/04 du 20 octobre 2004 ; DCSO/11/06 consid. 5.a du 12 janvier 2006).

La Commission de céans attire expressément l'attention du plaignant et de son mandataire sur les considérants qui précèdent mais renoncera à infliger une amende en l'espèce.

Pour le surplus, conformément à l'art. 62 al. 2 OELP, il ne peut être alloué aucun dépens dans la procédure de plainte devant la Commission de céans.

* * * * *

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

A la forme :

Déclare recevable la plainte formée le 22 décembre 2006 par C_____ SA contre la cession des droits de la masse en faillite de E_____ Sàrl en tant qu'elle concerne Me L_____.

Au fond :

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

Siégeant : Mme Ariane WEYENETH, présidente ; M. Philipp GANZONI, juge assesseur et M. Manuel BOLIVAR, juge assesseur suppléant.

Au nom de la Commission de surveillance :

Filippina MORABITO
Greffière :

Ariane WEYENETH
Présidente :

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