



POUVOIR JUDICIAIRE

DCSO/328/09

DÉCISION

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

DU JEUDI 16 JUILLET 2009

Causes jointes A/1500/2009 et A/1652/2009, plaintes 17 LP formée le 27 avril 2009 par W_____, élisant domicile en l'étude de Me Louis GAILLARD, avocat, à Genève.

Décision communiquée à :

- W_____

domicile élu : Etude de Me Louis GAILLARD, avocat
Avenue de Champel 8C
Case postale 385
1211 Genève 12

- K_____ Company

domicile élu : Etude de Me Homayoon ARFAZADEH, avocat
Avenue Jules Crosnier 8
1206 Genève

- X_____ Co.

domicile élu : Etude de Me Homayoon ARFAZADEH, avocat
Avenue Jules Crosnier 8
1206 Genève

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).

- **Office des faillites** (S_____ Ltd, faillite n° 2007 00xxxx H)

EN FAIT

- A. La faillite de S_____ Ltd a été prononcée par arrêt de la Cour de justice du 29 novembre 2007, confirmé par arrêt du Tribunal fédéral du 10 janvier 2008. Cette faillite est soumise à la voie de la liquidation sommaire.

Le 15 avril 2009, l'Office des faillites a déposé simultanément l'inventaire et l'état de collocation.

W_____ est créancière gagiste de S_____ Ltd pour 23'605'407 fr. 30, et colloquée comme telle dans l'état de collocation du 29 avril 2009.

Dans cet état de collocation ont été admises la créance de K_____ Co en 3^{ème} classe pour 291'904'086 fr. 78 à titre provisoire, sous réserve d'une réduction dans l'hypothèse où la liquidation d'une société A_____ Ltd devait admettre cette production contestée par la masse en faillite (production n° 21) ainsi que la créance de X_____ Co pour la somme de 44'000'000 fr. (production n° 28).

- B. W_____ a porté plainte le 27 avril 2009 contre l'état de collocation.

Elle estime, s'agissant de la production de K_____ Co, que l'Office n'a pas pris en considération une convention du 9 mars 2006 entre K_____ Co et S_____ Ltd, cette créance étant conditionnée au paiement par les sociétés du groupe de leurs dettes vis-à-vis de S_____ Ltd et qu'à défaut, ces impayés seront pris en charge par K_____ Co. Elle estime que l'Office a failli à son obligation de vérification. En admettant cette créance sous réserve, l'Office a accepté une production imprécise, équivoque voire même conditionnelle alors que la LP exige une décision claire et sans équivoque.

S'agissant de la production de X_____ Co, la plaignante note que sur la base du bilan établi au 31 décembre 2007, il apparaît que S_____ Ltd a plusieurs créances contre des sociétés du groupe, notamment X_____ Co, dont l'Office n'a pas tenu compte alors qu'elle aurait dû compenser cette créance lors du dépôt de l'état de collocation. Cette omission de compenser constitue un vice de forme selon la plaignante.

La plaignante relève pour terminer que l'inventaire ne mentionne nullement une possible prétention en dommages et intérêts contre les administrateurs de la faillie, pas plus que les créances dont S_____ Ltd est titulaire contre les sociétés du groupe, alors que d'un autre côté, l'Office n'a pas manqué de colloquer les prétentions des directeurs de la faillie, qui pourraient ainsi être éteintes par compensation.

Elle termine en sollicitant que sa plainte bénéficie de l'effet suspensif.

- C. Par ordonnance du 29 avril 2009, la Commission de céans a admis la demande d'effet suspensif.
- D. W_____ a déposé une nouvelle plainte le 11 mai 2009, suite à un nouveau dépôt de l'état de collocation. La seule modification apportée concerne la collocation de la créance de X_____ Co (collocation n° 28), dont le montant était colloqué en francs suisses alors qu'il s'agissait d'euros. La production est ainsi passée de 44'000'000 euros à 72'000'000 fr. Elle reprend sinon la même argumentation que dans sa plainte du 27 avril 2009 quant à la collocation de la créance de X_____ Co et l'absence de compensation opérée par l'Office.

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

- E. Par ordonnance du 12 mai 2009, la Commission de céans a admis l'effet suspensif et ordonné la jonction des causes A/1500/09 et A/1652/2009 sous cause A/1500/2009.
- F.a. X_____ Co a fait parvenir sa détermination le 3 juin 2009, notant qu'elle ne s'oppose pas et ne s'est jamais opposée à cette compensation, requérant que le solde de sa créance soit colloqué à concurrence de 8'020'071 fr. (72'000'000 fr. ./ 63'979'929 fr.)
- F.b. Dans ses observations du 3 juin 2009, K_____ Co conclut à l'irrecevabilité de la plainte dans la mesure où elle vise la collocation de sa créance, subsidiairement à son rejet, avec suite de dépens.

K_____ Co conteste le fait que l'Office n'aurait pas soigneusement examiné la convention du 9 mars 2006, si l'on se réfère au nombre de documents qu'elle a dû produire pour que sa créance soit finalement colloquée, sans compter l'examen des rapports des réviseurs. Elle note que la plaignante ne démontre aucunement le fait que l'Office n'aurait pas fait preuve de la diligence nécessaire dans la vérification de cette créance, terminant en considérant que les griefs invoqués relèvent du juge civil saisi d'une action en contestation de l'état de collocation.

Quant au fond, K_____ Co note que la convention du 9 mars 2006 ne comporte aucune renonciation à sa créance, née de la cession par S_____ Ltd à K_____ Co de sa créance contre une société A_____ Ltd en échange d'une réduction proportionnelle de sa dette. Cette convention ne reconnaît aucun privilège aux autres créanciers de S_____ Ltd, mais prévoit un simple sursis temporel dans l'exigibilité afin d'éviter tous risques liés à un surendettement, l'hypothèse visée n'étant en aucun cas celle de l'art. 725 al. 2 en cas de post positionnement ou subordination de créance.

- G. L'Office a remis son rapport daté du 3 juin 2009, concluant au rejet de la plainte.

Il note, s'agissant de la créance de K_____ Co, que les litiges relatifs à l'existence, la validité et l'étendue d'une subordination particulière, sont tranchés dans le cadre de la procédure judiciaire en contestation de l'état de collocation et non pas par le biais d'une plainte. Il indique que la collocation de la créance de K_____ Co "sous réserve" doit se comprendre en ce sens que ladite créance est admise mais que lors de la distribution des deniers, il sera possible d'imputer les montants éventuellement reçus par la créancière dans le cadre de la faillite d'A_____ Ltd.

Quant à la production de X_____ Co, l'Office indique qu'étant donné que la compensation a été invoquée par l'administration de la faillite et acceptée à hauteur de 63'979'929 fr. par X_____ Co, un nouvel état de collocation sera établi en ce sens et déposé ces prochains jours. L'Office estime que la plainte est devenue sans objet sur ce point.

S'agissant de l'inventaire et de l'absence de prétentions en responsabilité contre les directeurs de la société faillie, l'Office note que la plaignante n'apporte aucun élément concret sur l'étendue de la responsabilité des organes et n'a jamais fait directement une telle demande auprès de lui. Vu l'absence d'éléments concrets permettant de considérer une telle prétention a priori fondée, c'est à juste titre que l'Office n'a pas inventorié une telle prétention, ce grief devant être rejeté.

EN DROIT

1. Les présentes plaintes ont été formées en temps utile auprès de l'autorité compétente contre une mesure sujette à plainte, soit un état de collocation et un inventaire, par une personne ayant qualité pour agir par cette voie (art. 17 LP ; art. 10 al. 1 et 13 LaLP), soit un créancier de la faillie.

Elles sont donc recevables.

- 2.a. La voie de la plainte n'est pas ouverte pour soulever des griefs matériels à l'encontre de l'état de collocation, en particulier pour faire valoir qu'une production aurait été écartée ou aurait été colloquée à tort. C'est la voie de l'action en contestation de l'état de collocation qui doit être suivie à cette fin (art. 250 LP). L'état de collocation dressé dans le cadre d'une faillite ne peut être contesté par la voie de la plainte que pour le motif qu'il serait imprécis, inintelligible ou entaché de vices formels, ou que certaines prescriptions de procédure n'auraient pas été observées, en particulier lorsque l'administration de la faillite n'a pas effectué correctement son examen *prima facie* des créances ou des productions (Walter A. Stoffel, Voies d'exécution, § 11 n° 92 ; Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 250 n° 24 ss, not. 29 et 32 ; Nicolas Jeandin, FJS n° 990b p. 15 ss ; Dieter Hierholzer, in SchKG III, ad art. 250 n° 8 ; SJ 2000 II 234 ; DCSO/37/05

consid. 1.b. du 27 janvier 2005 ; DCSO/31/04 consid. 2.a du 15 janvier 2004 dans la cause A/1479/2003).

La démarcation entre la voie de la plainte et celle de l'action judiciaire peut soulever quelques difficultés. Pierre-Robert Gilliéron résume la situation en relevant que « *les actions en contestation de l'état de collocation permettent un nouvel examen des décisions que l'administration de la faillite doit prendre et instrumenter dans l'état de collocation, par un juge (...), alors que les autorités de surveillance doivent statuer sur les griefs pris de l'irrégularité de la procédure suivie pour dresser et déposer l'état de collocation ou des vices entachant l'état de collocation lui-même – par exemple : défaut d'indication des motifs de rejet d'une production (...), inobservation de certaines dispositions de procédure ayant une incidence de droit matériel, admission au passif d'une prétention non produite ou insuffisamment motivée, absence de décision à propos d'une prétention, absence de décision à propos d'une prétention produite ou qui devait être inscrite d'office vu l'article 246 LP (...), défaut d'une décision claire sur l'admission d'une prétention ou sur l'assiette d'un droit de gage* » (Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 250 n° 36).

- 2.b. En l'espèce, les griefs contre la collocation de la créance de K_____ Co relèvent manifestement du fond de la créance, quoique s'en défende la plaignante. Le motif de la plainte ne consiste pas en la contestation de la diligence requise de l'Office dans l'examen de la production, grief pour lequel la plaignante n'apporte au demeurant aucun élément permettant de le considérer comme réalisé. Bien au contraire, les litiges relatifs à la validité ou à l'étendue d'une subordination particulière sont tranchés dans le cadre de la procédure judiciaire de contestation de l'état de collocation (Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 219, n° 118).

La même remarque vaut pour la réserve relative à cette créance colloquée, dont le montant est sujet à réduction selon le produit récupéré dans le cadre de la faillite d'A_____ Ltd. Le montant de cette production dépendant de la convention du 9 mars 2006 entre S_____ Ltd et K_____ Co ainsi que du résultat de la liquidation d'A_____ Ltd, il s'agit encore une fois d'un problème de fond, qui n'est pas du ressort de la Commission de céans, mais du juge saisi d'une action en contestation de l'état de collocation.

Ces conclusions sont donc irrecevables.

3. Le créancier a le droit de compenser sa créance avec celle que le failli peut avoir contre lui (art. 213 al. 1 LP). Toute compensation est toutefois exclue lorsque le débiteur du failli est devenu son créancier postérieurement à l'ouverture de la faillite, à moins qu'il ait exécuté une obligation née antérieurement ou qu'il ait dégrevé une chose mise en gage pour la dette du failli et qu'il possède sur cette chose un droit de propriété ou un droit réel limité (art. 213 al. 2 ch. 1 LP). La

compensation est aussi exclue lorsque le créancier du failli est devenu son débiteur ou celui de la masse postérieurement à l'ouverture de la faillite (art. 213 al. 2 ch. 2 LP).

La limitation du droit de compenser est instituée dans l'intérêt de la masse afin d'éviter qu'un créancier ne lèse les autres en se créant des conditions de réciprocité nécessaire à la compensation par des opérations postérieures au moment déterminant. La *ratio legis* de cette restriction exclut par conséquent qu'elle déploie des effets également envers la masse (ATF 109 III 112, JdT 1986 II consid. 4a et la jurisprudence citée).

La jurisprudence admet que la masse en faillite compense les prétentions des créanciers avec les dettes du failli ou de la masse mais précise que, dans le premier cas, la compensation doit être déclarée au plus tard au moment de la publication de l'état de collocation. Selon le Tribunal fédéral, il n'y a pas de motifs valables pour empêcher la masse en faillite d'opposer à un créancier la compensation avec une prétention acquise après l'ouverture de la faillite, la solution contraire obligerait, en effet, la masse à payer le créancier pour ensuite procéder à l'encaissement de sa propre créance (JdT 1986 II 8 consid. 4a et la jurisprudence citée).

Lorsque l'administration de la faillite invoque la compensation, elle ne colloque que la part de la créance contre le failli qui dépasse la créance de ce dernier, ou rejette entièrement la production si son montant n'est pas supérieur à celui de la créance du failli (ATF 83 III 43, JdT 1957 II consid. 3).

Le créancier qui conteste la compensation opérée par l'administration de la faillite doit introduire action auprès du juge ordinaire dans le délai qui lui sera imparti et invoquer son droit au dividende afférent à la créance qu'il a produite, en tant que ce droit a été contesté du fait de la compensation invoquée par l'administration de la masse (JdT 1957 II consid. 6 et 7).

En l'espèce, tant l'Office, que X_____ Co ou encore la plaignante se déclarent favorables à une compensation de la créance, étant précisé qu'il ressort des écritures des parties que les montants des deux créances ne sont pas contestés.

Il sera pris acte de ce que l'Office va déposer dans les meilleurs délais un nouvel état de collocation, avec la production n° 28 relative à X_____ Co dûment compensée, au montant arrêté à 8'020'071 fr. (72'000'000 fr ./ 63'979'929 fr.).

- 4.a. La plaignante reproche à l'Office de n'avoir pas procédé à un inventaire précis des débiteurs de la masse. La commission de céans note qu'en l'espèce figure sous n° 87 de l'inventaire un "*Lots de débiteurs (en cours d'évaluation)*" avec une estimation indiquée "*Pour mémoire*".

- 4.b. L'inventaire en vue de la formation de la masse (art. 221 à 229 LP ; art. 25 à 38 OAOF) est une mesure interne à l'administration de la faillite ; il ne produit aucun effet à l'égard des tiers et ne fixe pas définitivement quels sont les biens qui font partie de la masse (François Vouilloz, in CR-LP, ad art. 221 n° 14 et 22 ; Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 221 n° 35). Sont notamment portés à l'inventaire tous les droits patrimoniaux du failli liquides ou litigieux, saisissables ou insaisissables (Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 221 n° 35). L'inventaire doit être soumis au failli qui déclare qu'il le reconnaît exact et complet (art. 228 al. 1 LP) et qui le signe (art. 228 LP ; art. 29 et 30 OAOF ; François Vouilloz, in CR-LP, ad art. 221 n° 20 s. ; Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 221 n° 32). Même reconnu et signé, l'inventaire peut être rouvert et complété jusqu'à la clôture de la faillite (DCSO/288/2007 du 21 juin 2007 consid. 3.a *in fine* et les décisions citées ; DCSO/640/2005 du 27 octobre 2005 consid. 2.a).

Les créances en question sont inventoriées globalement pour mémoire et apparaissent à l'inventaire. Certes le dit inventaire ne comporte pas encore une liste, conforme aux art. 25 et 27 al. 2 OAOF, des créances figurant dans la comptabilité et le rapport d'audit au 31 décembre 2007 de l'organe de contrôle D_____ SA. Cela est certainement dû au fait qu'une telle liste ne pourra être dressée qu'au vu du résultat des investigations actuellement en cours, dans un dossier complexe, avec de nombreuses ramifications contractuelles à l'étranger entre les différentes sociétés du groupe, certaines en faillite tel que cela ressort des écritures des différentes parties concernées. L'inventorisation de créances, même litigieuses, nécessite qu'il soit procédé à un examen préalable le plus complet possible, qui même si l'Office ne s'est pas exprimé sur ce sujet dans ses observations, semble difficile, voire non réalisable en l'état au vu de la description des faits par les parties.

Ce grief sera donc rejeté.

- 4.c. Quant à inventorier des prétentions contre les organes de la faillie, il ne ressort d'aucune pièce du dossier qu'une telle requête ait été soumise à l'Office, qui de ce fait n'a pu se déterminer à son sujet.

Vu l'absence de décision de rejet de porter à l'inventaire une telle prétention, la conclusion de la plaignante est ainsi irrecevable (art. 17 al. 1 LP a contrario).

5. La procédure de plainte est gratuite (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 partiellement recevable les plaintes formées le 27 avril 2009 par W_____ contre l'état de collocation et l'inventaire déposés par l'Office des faillites le 15 avril 2009 dans le cadre de la faillite n° 2007 00xxxxH de S_____ Ltd.

Au fond :

1. L'admet partiellement.
2. Prends acte que l'Office des faillites va procéder à la modification de l'état de collocation du 15 avril 2009 en ce sens que le montant de la production n° 28 de X_____ Co est arrêté, après compensation, à 8'020'071 fr.
3. Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant : M. Philippe GUNTZ, président ; M. Didier BROSSET, juge assesseur et M. Yves de COULON, juge assesseur suppléant.

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