



POUVOIR JUDICIAIRE

DCSO/167/07

DÉCISION

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

DU JEUDI 29 MARS 2007

Cause A/184/2007, plainte 17 LP formée le 18 janvier 2007 par **W_____ Ltd**, élisant domicile en l'étude de Me Jacques BERTA, avocat, à Genève.

Décision communiquée à :

- **W_____ Ltd**

domicile élu : Etude de Me Jacques BERTA, avocat
7, rue Versonnex
1207 Genève

- **Masse en faillite de S_____ SA**

p.a. Office des faillites
13, chemin 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. En date du 14 mars 2000, I_____SA a conclu avec S_____SA un contrat de bail portant sur des locaux commerciaux et des places de parc sis au chemin Y_____, à 1219 Châtelaine.

W_____Ltd a acquis l'immeuble sis à l'adresse précitée et a repris les droits et obligations découlant du contrat de bail conclu le 14 mars 2000 avec S_____SA.

Le 24 février 2003, S_____SA a ouvert en son nom un compte d'épargne de garantie de loyer (n° T xxxx.xx.xx, rubrique « W_____Ltd ») auprès de la Banque Cantonale de Genève (ci-après : BCGe). Le montant de la garantie de loyer déposé sur ledit compte s'élevait à 25'000 fr.

Par formule officielle datée du 18 octobre 2004, W_____Ltd a résilié le bail liant à S_____SA pour le 30 novembre 2004. La résiliation était motivée par le non-paiement du loyer malgré une mise en demeure du 21 juin 2004 restée vaine.

Dans le cadre de cette relation contractuelle, W_____Ltd était représentée par la société P_____SA.

B. Par jugement du 12 octobre 2004, le Tribunal de première instance a prononcé la faillite de S_____SA.

En date du 15 octobre 2004, l'Office des faillites (ci-après : l'Office) a établi l'inventaire des actifs de la faillie, recensant un total d'actifs estimé à 320'565 fr. 25 fr. Est fait mention, sous n° 130 de cet acte, d'« espèces reçues de la BCGe, montant de la garantie de loyer » à hauteur de 25'000 fr.

Par jugement du 2 novembre 2004, le Tribunal de première instance a ordonné la liquidation sommaire de cette faillite.

Le délai pour les productions a été fixé au 10 décembre 2004.

Par courrier du 15 novembre 2004, la BCGe a produit une créance de 213'036 fr. 40, montant représentant le solde débiteur, au jour de la faillite, d'un compte courant ouvert en ses livres au nom de la faillie. Par ce même courrier, la BCGe a également indiqué que S_____SA était encore titulaire d'un compte épargne bloqué de garantie de loyer (n° T xxxx.xx.xx), créancier d'un montant de 25'024 fr. 80. En application de l'art. 123 al. 1 CO, la BCGe a déclaré faire usage de son droit de compensation dudit montant avec la créance qu'elle détient contre la faillie.

Par courrier du 9 décembre 2004, W_____Ltd a produit une créance de 203'685 fr. 70, en faisant valoir son droit de rétention. De plus, W_____Ltd a informé

l'Office de l'existence d'une garantie de loyer de 25'000 fr. constituée en sa faveur par S_____SA le 24 février 2003 auprès de la BCGe. W_____Ltd invitait enfin l'Office à requérir de la BCGe la libération de la garantie de loyer au profit de P_____SA, « *afin d'éviter que les fonds soient immobilisés inutilement jusqu'à la fin de la procédure* ».

L'Office a déposé l'état de collocation une première fois le 4 mai 2005, puis, à nouveau, le 24 août 2005 pour un total de créances admises de 2'028'179 fr. 19. La créance de W_____Ltd a été admise, en tant que créance garantie par gage mobilier, à concurrence de 203'685 fr. 70 et au titre de « *loyers dus et dommages* ». La créance admise de W_____Ltd porte notamment sur le chiffre 130 de l'inventaire, soit sur les « *espèces reçues de la BCGe, montant de la garantie de loyer* », lesquelles sont inventoriées à hauteur de 25'000 fr. Aucune action en contestation de cet état de collocation n'a été intentée.

- C. Le 18 avril 2005, l'Office a saisi le Procureur général d'une plainte pénale contre l'administrateur de la société faillie pour abus de confiance, gestion fautive voire gestion déloyale, contre la BCGe pour recel, contre l'ancien organe de révision de la faillie pour gestion fautive voire déloyale, de même qu'il lui a dénoncé le fait que la faillie avait retenu à ses salariés des cotisations au titre de la prévoyance professionnelle alors qu'elle n'était plus affiliée à aucune caisse et n'a plus versé aucune cotisation. L'Office s'est par ailleurs constitué partie civile à l'encontre des organes de la faillie et de la BCGe. Le 22 juillet 2005, l'Office a complété sa plainte précitée pour banqueroute frauduleuse. Le 26 juillet 2005, le Ministère public a informé l'Office qu'une enquête préliminaire avait été requise de la police judiciaire.

L'Office a par ailleurs engagé des procédures en vue de recouvrer des créances de la faillie inventoriées au titre de factures de garde-meubles impayées. La plupart des meubles gagés ont été réalisés et l'Office a continué des poursuites sur la base des certificats d'insuffisance de gages reçus.

Le 20 juin 2006, l'Office a encore dû requérir du Tribunal de première instance une ordonnance en reddition de comptes à l'encontre de la société L_____Ltd Londres, succursale de Vernier, qui avait été curateur de la faillie alors en ajournement de faillite, puis avait été désignée par l'Office comme mandataire chargé de la gestion de la facturation et de la manutention du garde-meubles. L_____Ltd Londres, succursale de Vernier, n'ayant pas déféré à l'ordonnance du Tribunal la condamnant à rendre compte à la masse en faillite de S_____SA, l'Office a, le 12 octobre 2006, déposé plainte pénale pour insoumission à une décision de l'autorité (art. 292 CP). Au vu de l'engagement pris par le représentant de la société en cause de fournir à l'Office les documents sollicités, ladite plainte a été classée en opportunité et sauf recharge par décision du Procureur général du 27 novembre 2006. Par courrier du 22 décembre 2006, l'Office a informé le Procureur général n'avoir eu aucune nouvelle du

représentant de la société L _____ Ltd Londres, succursale de Vernier, et l'a prié de « *bien vouloir prendre les dispositions nécessaires à la conservation des droits de la plaignante* ».

- D. Le délai pour liquider la faillite de S _____ SA a été prolongé à deux reprises par la Commission de céans (cf. DCSO/618/2005 du 13 octobre 2005 et DCSO/671/2006 du 16 novembre 2006), en dernier lieu jusqu'au 30 novembre 2007. A l'appui de ces décisions, il était notamment relevé que l'avancement de la liquidation de cette faillite était tributaire de celui des procédures pénales en cours.
- E. Par courrier du 14 juin 2005, l'Office a requis de la BCGe qu'elle verse en faveur de W _____ Ltd la somme de 25'000 fr., référence étant faite au compte d'épargne bloqué de garantie de loyer, dont S _____ SA était titulaire.

Par un deuxième courrier du même jour, l'Office a transmis au conseil de W _____ Ltd copie de sa lettre à la BCGe et l'a invité à modifier sa production une fois le montant de la garantie de loyer recouvré.

Par courrier du 8 février 2006, constatant qu'elle n'avait pas reçu le montant de la garantie de loyer en cause, W _____ Ltd s'est adressée à la BCGe pour que cette dernière procède à la libération des fonds en sa faveur.

Dans sa réponse du 10 février 2006, la BCGe s'est étonnée de la requête de W _____ Ltd, dans la mesure où elle avait viré le montant concerné de 25'000 fr. en faveur de l'Office le 22 juillet 2005.

En date du 4 janvier 2007, W _____ Ltd s'est adressée à l'Office afin qu'il libère en sa faveur la garantie de loyer de 25'000 fr., alléguant que rien ne justifiait d'attendre l'issue de procédures pénales ouvertes à la suite de plaintes déposées notamment contre l'administrateur et le réviseur de S _____ SA pour procéder au versement requis.

Par courrier recommandé du 9 janvier 2007, l'Office a refusé de procéder au versement de la garantie bancaire, au motif qu'une répartition provisoire n'est pas possible dans le cadre d'une faillite liquidée par voie de procédure sommaire.

- F. Par acte daté du 19 janvier 2007, mais déposé le 18 janvier 2007, W _____ Ltd a formé plainte contre la décision de l'Office du 9 janvier 2007.

A l'appui de sa plainte, W _____ Ltd conteste l'interprétation littérale faite par l'Office de l'art. 96 let. c OAOF et considère que la libération de la garantie de loyer qu'elle sollicite ne constituerait pas une « répartition provisoire » au sens de la disposition précitée. Selon elle, il s'agit d'un paiement à un seul créancier du montant d'un gage, dont l'Office dispose déjà et sur lequel, de surcroît, elle bénéficie d'un droit exclusif. W _____ Ltd souligne encore que le versement du

montant de la garantie considérée n'impliquerait pas de procéder à l'établissement et au dépôt d'un tableau de distribution. W_____Ltd expose enfin que sa prétention en versement de la garantie de loyer ne contreviendrait en rien aux dispositions relatives à la liquidation sommaire d'une faillite, rappelant au surplus que l'Office avait dans un premier temps requis de la BCGe que cette dernière verse directement le montant de la garantie en ses mains, pour ensuite se raviser. W_____Ltd conclut, sous suite de dépens, à l'annulation de la décision de l'Office du 9 janvier 2007 et à ce qu'il lui soit ordonné de lui verser la somme de 25'000 fr. avec intérêts.

- G. Dans son rapport daté du 26 janvier 2007, mais déposé le 30 janvier 2007, l'Office a indiqué « *ne pas être en mesure à ce jour de procéder à la liquidation finale de cette faillite, ni même de présager du temps encore nécessaire à sa liquidation* ». A l'appui de cette assertion, l'Office invoque les procédures liées à des débiteurs du garde-meubles ainsi que les procédures pénales actuellement en cours. Pour le surplus, l'Office justifie son interprétation littérale de l'art. 96 let. c OAOF en invoquant l'ATF 117 III 44 (JdT 1993 II 149), qui confirme que la disposition précitée est tout à fait claire et ne demande pas à être interprétée. Il indique encore que le paiement d'un gage fait partie intégrante du tableau de distribution d'une faillite. En ce sens, l'Office conteste que le versement de la garantie de loyer en cause ne doive pas être qualifiée de « répartition provisoire » au sens de l'art. 96 let. c OAOF. L'Office explique enfin que s'il avait dans un premier temps invité la BCGe à procéder au versement de la garantie de loyer directement en mains du créancier gagiste, c'est en raison du fait que ladite banque « *émettait une prétention en compensation de sa créance sur le montant de celle-ci* ». Il qualifie cette invitation faite à la BCGe d'erreur d'appréciation et non de revirement. L'Office conclut au déboutement de la plaignante de toutes ses conclusions.

EN DROIT

1. La présente plainte a été déposée en temps utile et dans les formes prescrites auprès de l'autorité compétente. Le refus de l'Office de procéder au versement de la garantie de loyer considérée constitue une mesure sujette à plainte que la plaignante, en tant que créancière, peut attaquer par cette voie (art. 17 LP ; art. 10 al. 1 et 13 LaLP ; art. 56R al. 3 LOJ).

La plainte est donc recevable.

- 2.a. Il est généralement admis, tant en doctrine qu'en jurisprudence, que les sûretés fournies par le locataire en vertu de l'art. 257e CO sont une forme de consignation à titre de sûreté qui fait naître un droit de gage au sens de l'art. 37 LP au bénéfice du bailleur (ATF 129 III 360 consid. 2, JdT 2004 II 14 et les références citées ;

DAS/48/2002 du 30 janvier 2002 consid. 4 ; DAS/365/98 du 31 août 1998 consid. 2 cité in SJ 2000 II 234). Selon la doctrine majoritaire, « *la banque est propriétaire des valeurs déposées et le bailleur est titulaire d'un droit de gage mobilier sur la créance du locataire tendant au paiement du montant déposé ou à la restitution de papiers-valeurs de même type* » (Bénédict Foëx, Les sûretés et le bail à loyer, in 12^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2002, p. 10 et les références citées ; cf. ég. David Lachat, in CR-CO, ad art. 257e CO, n° 6 et les références citées ; *contra* : Charles Jaques, La libération des garanties locatives de l'art. 257e CO, in JdT 2007 II, Supplément hors édition, pp. 95 et 102 s.).

Un tel gage ne procure toutefois aucun avantage particulier au bailleur. En effet, son existence n'empêche nullement la créance du locataire contre la banque de tomber dans la masse en faillite du locataire (DAS/48/2002 du 30 janvier 2002 consid. 4 et les références citées ; DAS/365/98 du 31 août 1998 consid. 2 et les références citées, not. Pierre-Robert Gilliéron, Bailleur et locataire d'une chose immobilière dans l'exécution forcée, in 7^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1992, p. 17), puisque, d'une façon générale, les biens du failli grevés d'un droit de gage tombent dans la masse (art. 198 LP ; DAS/48/2002 consid. 4 et les références citées ; DAS/365/98 du 31 août 1998 consid. 2 et les références citées). Toutefois, le créancier gagiste sera payé par préférence sur le produit de la réalisation du gage et colloqué en conséquence (art. 219 LP ; DAS/48/2002 consid. 4 et les références citées ; DAS/365/98 du 31 août 1998 consid. 2 et les références citées). Pour les mêmes motifs, ledit droit de gage ne saurait empêcher la banque de restituer les sûretés à la masse si les conditions de leur libération sont réunies (Charles Jaques, op. cit., p. 95 s.).

Dans l'exécution forcée contre le locataire, et plus particulièrement dans la faillite de ce dernier, le bailleur peut donc revendiquer un droit de préférence sur la créance en restitution de la monnaie du locataire contre la banque consignataire (art. 106 ss, 219 al. 1 LP ; DAS/48/2002 consid. 4 et les références citées ; DAS/365/98 du 31 août 1998 consid. 2 et la référence citée). Dans la faillite, l'administration tiendra compte de la revendication et de la production du bailleur, dans le cadre de l'état de collocation (art. 219 al. 1, 232 al. 2 ch. 2 et 4, 244 ss LP). En revanche, l'administration n'a pas à libérer la garantie, en faveur du bailleur, avant l'établissement de l'état de collocation et en marge à celui-ci (DAS/365/98 du 31 août 1998 consid. 2).

En d'autres termes, dans l'hypothèse où le bailleur a produit, dans le cadre de la faillite, ses prétentions contre le locataire et les a fait reconnaître (art. 244 ss LP), il pourra requérir de l'administration de la faillite, respectivement de la banque, qu'elle lui verse le montant des sûretés remises en espèces (Charles Jaques, op. cit., p. 107). En cas de faillite liquidée par la voie sommaire, cette libération de la garantie locative ne pourra toutefois intervenir qu'une fois l'état de collocation entré en force et qu'après que les actifs ont tous été réalisés, aucune répartition provisoire ne pouvant intervenir avant (art. 96 let. c *in fine* OAOF ; ATF 117 III

44 consid. 1, JdT 1993 II 149 ; DAS/48/2002 du 30 janvier 2002 consid. 4 ; Nicolas Jeandin, in CR-LP, ad art. 266 n° 4 et les références citées ; Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 266 n° 8).

- 2.b. Appliquant strictement la jurisprudence du Tribunal fédéral publiée aux ATF 117 III 44 (JdT 1993 II 149), l’Autorité de surveillance (puis la Commission de céans) a toujours considéré que l’interdiction de procéder à des répartitions provisoires des deniers en cas de liquidation sommaire de la faillite ne souffrait aucune exception, même pour les créanciers privilégiés (cf. par ex. DCSO/48/2007 du 25 janvier 2007 consid. 4 ; DCSO/596/2006 du 19 octobre 2006 consid. 4 ; DAS/48/2002 du 30 janvier 2002 consid. 4 ; DAS/329/2000 du 9 août 2000 consid. 2 ; DAS/39/2000 du 2 février 2000 p. 4 ; DAS/479/1999 du 20 octobre 1999 p. 5 ; DAS/63/1998 du 4 février 1998 p. 2 ; DAS/136/1995 du 1^{er} mars 1995 p. 3 ; DAS/132/1995 du 1^{er} mars 1995 p. 3).

En effet, une répartition provisoire nécessiterait l’établissement et le dépôt, avec avis aux créanciers, d’un tableau de distribution provisoire (art. 82 OAOF), à savoir une formalité supplémentaire, contraire au caractère sommaire de la liquidation. Cette interdiction peut néanmoins entraîner certains inconvénients pour des créanciers privilégiés, comme les travailleurs au bénéfice d’une créance de salaire (Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 231 n° 35 citant l’ATF 117 III 44 consid. 1, JdT 1993 II 149 ; François Vouilloz, in CR-LP, ad art. 231 n° 36).

La Commission de céans n’entend pas déroger en l’espèce à sa jurisprudence constante, laquelle est conforme non seulement au texte clair de l’art. 96 let. c OAOF, mais également à l’interprétation qu’en a fait le Tribunal fédéral.

Du point de vue de la Commission de céans, l’art. 96 let. c OAOF ne souffre d’aucune lacune proprement dite qu’elle pourrait combler. En cela, l’avis isolé contraire de l’Autorité de surveillance du canton de Bâle-Campagne (décision du 28 septembre 1995, parue aux BLSchK 1996, n° 44, p. 235, consid. 3, p. 237), que ne cite du reste même pas la plaignante, n’est pas convaincante et ne saurait être suivie. Ce n’est en effet pas parce que l’application de la disposition en cause apporte, par hypothèse, une solution insatisfaisante qu’il y aurait lieu de considérer que ladite application aboutit à des résultats contraires à la systématique ou aux objectifs clairs de la loi. A cet égard, force est de confirmer que l’interdiction des répartitions provisoires est conforme et adaptée au but visé à l’art. 231 LP, c’est-à-dire la simplification de la procédure de liquidation (ATF 117 III 44, consid. 2b précité ; DAS/39/2000 du 2 février 2000, p. 4 ; DAS/479/1999 du 20 octobre 1999, p. 5).

Par conséquent, la faillite en cause étant liquidée par la voie sommaire, aucune répartition provisoire n’est possible. La libération du montant de la garantie locative en cause, telle que sollicitée par la plaignante, devant incontestablement

être qualifiée, juridiquement et sémantiquement, de répartition provisoire (cf. DAS/48/2002 du 30 janvier 2002), la Commission de céans ne peut que confirmer les fins de non-recevoir signifiées par l'Office dans sa décision querellée. Infondée, la plainte devra donc être rejetée.

L'on peut regretter, certes, que l'Office ait, dans un premier temps, invité la BCGe à verser la garantie de loyer en cause en mains de la plaignante, pour, ensuite, accepter que ce versement soit fait en ses mains pour le compte de la masse en faillite. Il n'en demeure pas moins que le fait que ladite garantie soit tombée dans la masse apparaît conforme aux prescriptions légales et aux principes rappelés ci-dessus.

3. La procédure de plainte est gratuite (art. 20a al. 2 ch. 5 LP ; art. 61 al. 2 let. a OELP) ; il ne peut être alloué aucun dépens (art. 62 al. 2 OELP).

* * * * *

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

A la forme :

Déclare recevable la plainte formée le 18 janvier 2007 par **W_____Ltd** contre la décision de l'Office des faillites du 9 janvier 2007 rendue dans le cadre de la liquidation de la faillite de **S_____SA (2004 001033 Y)**.

Au fond :

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

Siégeant : M. Grégory BOVEY, président ; M. Didier BROSSET et Mme Magali ORSINI, juges assesseur(e)s.

Au nom de la Commission de surveillance :

Marisa BATISTA
Greffière :

Grégory BOVEY
Président :

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