



POUVOIR JUDICIAIRE

DCSO/404/09

DÉCISION

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

DU JEUDI 3 SEPTEMBRE 2009

Cause A/1987/2009, plainte 17 LP formée le 5 juin 2009 par F_____ SA à Genève.

Décision communiquée à :

- F_____ SA

- **Masse en faillite de la SI X_____ G**
(faillite n° 2001 000XXX J/OFA5)

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. La SI X_____ G est une société anonyme fondée le 13 décembre 1962 dont le seul actif est un immeuble sis sur la parcelle n° 2XX, plan XX sur la commune de V_____, chemin de M_____ 2F.

La SI X_____ G a été déclarée en faillite le 12 juin 2001 et est liquidée selon le mode sommaire, en vertu d'un jugement du Tribunal de première instance du 19 janvier 2004, tout comme les SI X_____ D, E et F.

De l'état de collocation déposé le 9 novembre 2005 repris dans l'état des charges, la Fondation de valorisation des actifs de la BCGe (ci-après : la Fondation de valorisation) a produit trois créances de 1'338'000 fr., 392'456 fr. et 2'536'000 fr., garanties par trois cédules hypothécaires au porteur respectivement en 1^{er}, 2^{ème} et 4^{ème} rang, ainsi qu'une créance de 216'753 fr. relative aux intérêts (818 CC). Mme M_____, M. M_____ et M. Z_____ (ci-après : les consorts M_____ - Z_____) puis F_____ SA, sont pour leur part créanciers hypothécaires en 5^{ème} rang pour 5'680'000 fr., avec une production de 1'704'000 fr. pour les intérêts hypothécaires arriérés (art. 818 CC).

Plusieurs plaintes et actions en contestations de l'état de collocation ont émaillé la liquidation de cette faillite, événements sur lesquels la Commission de céans ne reviendra pas puisque sans pertinence avec l'objet de la présente procédure.

- B. La dernière procédure en cours, soit l'action en contestation de l'état de collocation des consorts M_____ - Z_____ ayant été définitivement tranchée, l'Office a fixé la date de la vente aux enchères de l'immeuble au 24 avril 2008 à 10h00, les conditions de vente étant déposées le 5 mars 2008. Cet immeuble a été acquis pour un montant de 4'920'000 fr. par F_____ SA, représentée par la Régie Y_____ SA.

Une fois la vente aux enchères du 24 avril 2008 effectuée, l'Office a adressé un courrier recommandé le 30 avril 2008 à l'Administration fiscale cantonale, division des personnes morales, accompagné du procès-verbal de vente, afin de permettre de procéder à l'enregistrement de cet acte.

Le 5 mai 2009, l'Administration fiscale cantonale a écrit à l'Office, afin d'indiquer qu'elle entendait faire valoir ses droits à l'encontre de la masse en faillite de la SI, en imposant le bénéfice fiscal et la priant de consigner 466'290 fr. au titre des impôts cantonaux et communaux et 166'182 fr. au titre de l'impôt fédéral direct, sous réserve de l'impôt immobilier complémentaire. La base de calcul de l'Administration fiscale cantonale était le prix d'adjudication dont était à déduire la valeur comptable de l'immeuble arrêtée au 31 décembre 1999 et des frais de liquidation.

Le 19 mai 2009, l'Office a fait parvenir par courrier recommandé à M. Z_____ le bordereau définitif de vente laissant apparaître un solde de 642'709 fr. 10 en faveur de la masse.

- C Par acte du 4 juin 2009, F_____ SA a déposé une plainte auprès de la Commission de céans contre le bordereau définitif de vente du 19 mai 2009. La plaignante conteste le fait de se voir mettre à sa charge un montant de 166'182 fr. au titre de l'impôt fédéral direct, qu'elle estime ne pas être prioritaire par rapport aux créanciers gagistes. Quant au fondement même de l'impôt, elle estime qu'il n'y a pas matière à prélever un tel impôt au niveau fédéral, puisque l'impôt fédéral direct ne vise que les impôts sur le revenu et le capital. De plus, la mise à la charge de l'acquéreur de cet impôt est injustifiée selon la plaignante, les conditions de vente mentionnant uniquement les impôts cantonaux.

La plaignante conteste également le calcul de l'intérêt, qu'elle estime insuffisant (selon ses calculs, le taux moyen est de 0.15 % sur 4 ans), n'ayant reçu que 25'182 fr. 05 d'intérêts sur 2'246'470 fr. 83 de loyers cumulés. Elle veut bénéficier du même taux que celui appliqué par l'Administration fiscale cantonale aux contribuables ayant versé trop d'impôts, soit au minimum 140'000 fr.

Pour terminer, la plaignante conteste que l'Office ait crédité en faveur de l'Administration fiscale cantonale un intérêt de 536 fr. sur le prix de vente alors que, selon elle seule la créance d'impôts complémentaire doit leur être remboursée. La plaignante indique que la même remarque vaut pour les sommes de 5'269 fr. 80, 1'545 fr. 70 et 10'841 fr. 85 d'intérêts versés à la Fondation de valorisation.

- D. Dans son rapport du 30 juin 2009, l'Office conclut au rejet de la plainte.

S'agissant de la problématique de l'IFD, l'Office se réfère à de la jurisprudence qui prévoit que dans les frais de la masse sont inclus les obligations de droit public qui prennent naissance après l'ouverture de la faillite, en particulier l'impôt sur le gain immobilier, qui devraient être considérés comme frais de réalisation au sens de l'art 262 al. 2 LP, puisque cet impôt ne naît que par l'adjudication. Il estime que puisque l'IFD sur les bénéfices nets étant à la charge des créanciers réalisant les droits du failli sur l'immeuble, l'Office considère qu'il n'a pas à le mentionner dans les conditions de vente puisqu'elles ne s'adressent qu'aux adjudicataires potentiels de l'immeuble.

S'agissant du taux d'intérêts appliqué par la Caisse de consignation de l'Etat de Genève, l'Office note qu'il a une obligation légale de consigner les sommes dont il n'a pas l'emploi auprès de cette caisse. Le taux d'intérêt est également fixé dans la loi.

Pour terminer, l'Office relève, puisque le prix d'adjudication dépasse le montant des créances garanties par gage et des intérêts échus au moment du prononcé de la

faillite, il est normal qu'un intérêt, dont a également bénéficié la plaignante, soit servi aux créanciers hypothécaires sur le prix de vente sur la base de l'art. 209 al. 2 LP.

- E. Interpellée par la Commission de céans pour savoir si elle maintenait sa plainte au vu des explications de l'Office, la plaignante a répondu par l'affirmative le 8 juillet 2009. Elle indique que l'impôt prélevé lors d'une vente aux enchères est uniquement cantonal, notant avoir discuté avec un substitut de l'Office des poursuites qui lui aurait affirmé que la pratique constante des offices est de prélever l'ICC à un taux d'environ 18,09%.

La plaignante prend note du taux appliqué de 0.25% mais conteste la somme de 6'988 fr. 70 qui lui est attribuée, estimant avoir droit à un montant situé entre 20'000 et 30'000 fr. Elle réclame la production du décompte d'intérêts auquel elle considère avoir droit. Elle estime de plus que l'Office aurait commis "*une grossière erreur*" en partant de la prémisse fautive pour procéder à cette distribution, soit que les créanciers hypothécaires avaient été entièrement désintéressés, ce qui est contesté. Ainsi, le prix d'adjudication étant de 4'920'000 fr. et les créances hypothécaires s'élevant en réalité à 11'891'852 fr., soit 4'500'864 fr. pour la Fondation de valorisation qui a été désintéressée et 7'390'988 fr. pour elle-même, il reste selon la plaignante un découvert pour elle-même de l'ordre de 6'000'000 fr.

- F. L'Office a souhaité pouvoir se déterminer sur les allégués de la plaignante et a fait parvenir un nouveau rapport le 21 juillet 2009, complétant son rapport du 30 juin 2009. S'agissant du calcul de l'IFD, l'Office note qu'il ne relève pas de la Commission de céans d'en contrôler l'exactitude, tout comme celle des calculs d'intérêts opérés par la Caisse de consignation de l'Etat.

L'Office conteste avoir commis "*une grossière erreur*" comme le soutient la plaignante car, effectivement, l'intégralité des créances hypothécaires est couverte en l'occurrence. L'Office note que le décompte immobilier fait clairement état d'un produit total de réalisation de 7'166'470 fr. 83, soit un montant supérieur au total des créances et intérêts échus (6'393'728 fr. 45) au moment de l'ouverture de la faillite de chaque créancier hypothécaire. L'Office estime ainsi que c'est à juste titre qu'il a fait application de l'art. 209 al. 2 LP.

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).

Elle est donc recevable.

2. Pour la réalisation des immeubles, l'Office arrête les conditions des enchères d'après l'usage des lieux et de la manière la plus avantageuse ; les conditions d'enchères sont accessibles à chacun et sujettes à plainte (art. 134 LP). L'art. 136 LP prévoit, dans sa version française, que le prix d'adjudication est payé comptant ou à terme, le terme ne pouvant excéder six mois ; cette disposition ne vaut cependant pas pour le seul prix d'adjudication, mais plus généralement pour tous les paiements en espèces que l'adjudicataire doit assumer, ainsi que ses versions allemande et italienne le laissent entendre en n'étant pas axées sur le prix d'adjudication (Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 136 n° 10).

En l'occurrence, les conditions de vente prévoyaient tant l'hypothèse d'un paiement intégral avant l'adjudication que la possibilité d'une adjudication subordonnée au versement préalable de 1'100'000 fr., à titre d'acompte sur le prix d'adjudication (ch. 10b) et au paiement du solde dans un délai de deux mois échéant le 24 juin 2008. Ces conditions prévoyaient aussi que, dans ce dernier cas, l'adjudicataire devrait des intérêts à 5% jusqu'au jour du paiement.

Le montant de l'adjudication doit couvrir à tout le moins le capital des créances par gage conventionnel ou légal d'après l'état des charges, les intérêts exigibles de ces créances y compris les intérêts moratoires et les frais de poursuite (7a), les frais d'administration et les frais de réalisation incluant l'impôt sur les bénéfices et gains immobiliers (7b), la partie du prix qui excéderait le montant total des créances garanties par gage (7c).

- 3.a. La plaignante estime que la créance d'impôt fédéral direct de 166'182 fr. ne serait pas prioritaire par rapport aux créanciers hypothécaires dont elle fait partie.

A titre préalable, il convient de relever que la plaignante commet une confusion quand elle indique qu'il s'agirait d'un impôt sur le bénéfice immobilier, inconnu au niveau fédéral. En l'occurrence, étant dans le cadre d'une société anonyme en faillite, ayant comme seul actif un immeuble comptabilisé visiblement à un montant inférieur à sa valeur réelle, il n'apparaît donc pas insoutenable qu'il soit soumis à un impôt sur le bénéfice au sens de l'art. 58 al. 1 let c LFIFD.

Néanmoins, tant au niveau du principe que du calcul de cet impôt, il n'est pas de la compétence de la Commission de céans de se déterminer sur son exactitude.

- 3.b. Selon l'art. 262 al. 1 LP, "*les frais d'ouverture de la faillite, de liquidation et de prise d'inventaire sont couverts en premier lieu*". Sont inclus dans les frais de procédure de faillite les frais d'ouverture de faillite, les frais de prise d'inventaire, et les frais de liquidation de la faillite, tel par exemple les frais de procès.

Parmi les dettes de masse, sont incluses également les dettes de droit public, généralement d'impôt, qui peuvent tirer leur origine tant du droit cantonal que

fédéral. Leur qualification de dette de masse dépend de la question de savoir si le fait leur ayant donné naissance est survenu avant ou après le prononcé de la faillite (SchKG III - Staehelin, ad art. 262 n° 14 ; CR-LP art 262 n° 29). Ainsi, une dette d'impôt préexistante à l'ouverture de la faillite est à colloquer (dette dans la masse) tandis que l'impôt sur les gains immobiliers ou sur le bénéfice en capital lié à la réalisation d'une plus value lors d'une vente aux enchères comme en l'espèce, durant la procédure de liquidation de la faillite, fait partie des frais de liquidation visés par l'art. 262 al. 1 LP et constitue une dette de la masse puisqu'elle tire son origine de l'adjudication (ATF 120 III 153 cons. 2b ; ATF 122 III 246 cons. 5a, JdT 1998 II 114 ; ATF 122 II 221 cons. 4c ; BLSchK 2003 p. 74 cons. 3.1 ; CR-LP ad art. 262, n° 29).

En l'espèce, il n'est pas contesté par la plaignante que l'impôt dû sur la base de l'IFD est né par l'adjudication (ATF 120 III 128, JdT 1997 II 59) et est donc une dette de masse, à la charge de la plaignante.

Cela étant, vu l'absence de décision formelle de l'Administration fiscale en l'espèce et si la plaignante entend contester le montant proprement dit de l'impôt, il incombe à l'Office de réclamer une décision formelle de taxation auprès de l'Administration fiscale cantonale, service des personnes morales, afin que soient ouvertes les voies de droit.

4. La plaignante critique le taux d'intérêt appliqué aux fonds placés auprès de la Caisse de consignation de l'Etat de Genève, soit 0.25 % ainsi que le total des intérêts calculés par celle-ci.

Les cantons doivent désigner des caisses de dépôts et consignation (art. 24 LP) auprès desquelles les offices des poursuites et faillites, les administrations spéciales et les concordats doivent déposer les sommes, valeurs et objets de prix dont ils n'ont pas l'emploi, dans les trois jours (art. 9 LP). Il s'agit d'objets que les Offices doivent prendre sous leur garde (art. 98 al. 1 LP, 22 OAOF), comme notamment des espèces, billets de banque ou encore le produit de l'encaissement des créances échues, les divers paiements faits en mains de l'Office par le débiteur et par des tiers débiteurs, ainsi que les dividendes ou autres produits ne pouvant pas être distribués (CR-LP, ad art 9, ch. 1, Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire ad art. 9, n° 7 à 12). Les autorités de poursuites ont ainsi une obligation de placer les fonds ne pouvant être immédiatement distribués, de manière à produire des intérêts (ATF 105 III 90, JdT 1981 II 19).

A Genève, la caisse de consignation de l'Etat est la seule habilitée pour recevoir les consignations autorisées ou ordonnées par les lois, les jugements ou les décisions d'autorités administratives (art. 1 LCCE). Toute somme déposée produit des intérêts à partir du 61^{ème} jour de dépôt (art. 2 LCCE), au taux de 0.25% (art. 1 RTICC-2008).

C'est donc à bon droit que l'Office a consigné les loyers encaissés. Par contre, il n'appartient pas à la Commission de céans de vérifier le calcul opéré par la Caisse de consignation au niveau du montant d'intérêt à partager.

Ce grief sera donc rejeté.

- 5.a. La plaignante estime que les créanciers hypothécaires n'ont pas à bénéficier d'intérêts sur le prix de vente.

L'ouverture de la faillite arrête à l'égard du failli, le cours des intérêts (art. 209 al. 1 LP) par contre, les intérêts des créances garanties par gage continuent à courir jusqu'à la réalisation dans la mesure où le produit du gage dépasse le montant de la créance et des intérêts échus au moment de l'ouverture de la faillite (al. 2).

- 5.b. En l'espèce, la Commission de céans note que la plaignante ne conteste pas les montants indiqués dans le décompte immobilier du 19 mai 2009.

Le montant total du produit de réalisation s'élève à 7'166'470 fr. 83, celui des hypothèques et des intérêts échus s'élevant à 11'867'209 fr. (1'338'000 fr. + 392'456 fr. + 2'752'753 fr. + 7'384'000 fr.).

La Commission de céans ne partage ainsi pas la position de l'Office lorsque celui-ci indique que les créances hypothécaires sont toutes couvertes par le produit de vente et avoir ainsi procédé à une distribution d'intérêts sur la base de l'art. 209 al. 2 LP. Le produit de réalisation étant inférieur au montant des hypothèques et intérêts échus, cela signifie ainsi concrètement, que les intérêts hypothécaires ont cessé de courir dans le cas d'espèce au jour du prononcé de la faillite et que donc, l'art. 209 al. 2 LP ne peut trouver application en l'espèce.

Si cette distribution d'intérêts est juste dans son principe telle qu'effectuée dans la décision querellée, les explications données à son sujet par l'Office dans son rapport du 21 juillet 2009 ne sont par contre pas correctes.

La Commission de céans a déjà décidé par le passé que les intérêts issus de la consignation devaient être répartis entre les créanciers hypothécaires, soit en l'espèce la Fondation de valorisation et la plaignante (DCSO/186/06 du 23 mars 2006). Elle a considéré qu'eu égard à la finalité de ce montant, soit le produit des sommes encaissées, on ne saurait considérer que la Fondation de valorisation aurait été indûment avantagée par le versement de sa quote-part à ce titre, en dépit du fait que son dividende corresponde à l'intégralité de ses productions à l'état de collocation (ATF 35 I 850 ss, résumé dans l'ATF 108 III 26 ; JdT 1984 II 39 consid. 3a où le Tribunal fédéral indique que de tels intérêts représentent un dédommagement dû même aux créanciers hypothécaires entièrement désintéressés sur le produit de réalisation).

S'agissant de l'impôt immobilier réclamé par l'Administration fiscale pour les années 1998 à 2007, la Commission de céans considère que son droit à un intérêt, contesté par la plaignante, est identique que celui des créanciers hypothécaires, s'agissant d'une dette privilégiées, soumise à intérêts (art. 364 LCP) dans l'hypothèse non réalisée en l'espèce de l'art. 209 al. 2 LP. C'est donc à bon droit que l'Office a calculé un intérêt de 536 fr. en sa faveur.

Ce dernier grief sera dès lors également rejeté.

* * * * *

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

A la forme :

Déclare recevable la plainte formée le 5 juin 2009 par F_____ SA contre le bordereau de vente immobilière définitif de l'immeuble sis chemin de M_____ 2G à V_____ dans le cadre de la faillite n° 2001 000XXX J.

Au fond :

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

Siégeant : M. Philippe GUNTZ, président ; Mme Valérie CARERA et M. Philipp GANZONI, 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