

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/205/2011-AS

DCSO/177/11

DECISION

DE LA COUR DE JUSTICE

Autorité de surveillance
des Offices des poursuites et faillites

DU MARDI 31 MAI 2011

Plainte 17 LP (A/205/2011-AS) formée en date du 24 janvier 2011 par C_____ SA.

* * * * *

Décision communiquée par courrier A à l'Office concerné
et par plis recommandés du greffier du 3 juin 2011 à :

- C_____ SA

 - O_____ SA
(faillite n° 2010 xxxx23 L/OFA5)
-

EN FAIT

- A. En date du 13 septembre 2010, le Tribunal de première instance a prononcé la faillite de la société O_____ SA (2010 xxxx23 L).

O_____ SA était titulaire chez C_____ SA d'une relation bancaire n° xxxx17 avec des comptes en euros, dollars et livres sterling.

Par courrier du 27 octobre 2010, l'Office des faillites (ci-après : l'Office) a invité C_____ SA à clôturer les comptes ouverts en ses livres par O_____ SA et à verser le solde sur son compte.

- B. Par ordre téléphonique du 19 décembre 2008, O_____ SA a donné instruction à C_____ SA "d'émettre une garantie bancaire en faveur de S_____ SA de CHF 310'000.-, selon détail en votre possession".

En date du 7 janvier 2009, C_____ SA a adressé un SWIFT au CREDIT SUISSE dont la teneur est la suivante :

"

GUARANTEE STANDBY LETTER OF CREDIT

...

(29) TRANSACTION REF. NB. xx21

...

CETTE GARANTIE ANNULE ET REMPLACE CELLE ENVOYÉE PAR SWIFT EN DATE DU 23 DÉCEMBRE 2008

NOUS NOUS REFERONS AUX FACILITES DE CREDITS QUE VOUS ETES DISPOSEES A CONSENTIR ET/OU VOUS AVEZ CONSENTIES A S_____ SA, CHEMIN DE T_____ x, A P_____, (CI-APRES LE 'DEBITEUR'). LA PRESENTE GARANTIE BANCAIRE DOIT COUVRIR TOUS LES ENGAGEMENTS DU DEBITEUR RESULTANT DES FACILITES DE CREDITS SUSMENTIONNEES, Y COMPRIS D'EVENTUELLES OBLIGATIONS DE VERSER UNE COUVERTURE EN ESPECES DANS LE CADRE D'ENGAGEMENTS CONDITIONNELS EN COURS.

NOUS, C_____ SA, RUE C_____ xx, A L_____, NOUS ENGAGEONS PAR LA PRESENTE, DE MANIERE INCONDITIONNELLE ET IRREVOCABLE, A VOUS PAYER, INDENPENDAMMENT DE LA VALIDITE ET DES EFFETS JURIDIQUES DES FACILITES DE CREDIT ET D'EVENTUELLES MODIFICATIONS ET EXTENSIONS, A PREMIERE REQUISITION DE VOTRE PART ET SANS FAIRE VALOIR D'EXCEPTION, NI OBJECTION RESULTANT DES FACILITES DE CREDIT OU DE LEUR MODIFICATIONS ET EXTENSIONS, TOUT MONTANT JUSQU'À CONCURRENCE DE

*CHF 310'000. --(EN MOTS TROIS CENT DIX MILLE FRANCS SUISSES)
(CAPITAL, INTERETS, COMMISSIONS ET FRAIS, TOUT INCLUS)*

CONTRE REMISE DE VOTRE DEMANDE DE PAIEMENT PAR LETTRE DUMENT SIGNEE OU SWIFT AUTHENTIFIE, CERTIFIANT QUE LE MONTANT QUE VOUS RECLAMEZ DANS LE CADRE DE CETTE GARANTIE REPRESENTE LE MONTANT QUE LE DEBITEUR NE VOUS A PAS REMBOURSE A L'ECHEANCE.

TOUT PAIEMENT EFFECTUE DANS LE CADRE DE LA PRESENTE GARANTIE BANCAIRE REDUIT D'AUTANT NOTRE ENGAGEMENT.

NOTRE GARANTIE BANCAIRE EST VALABLE JUSQU'AU 30 JUIN 2009 ET PREND FIN AUTOMATIQUEMENT ET ENTIEREMENT SI VOTRE RECOURS N'A PAS ETE EXERCE D'ICI CETTE DATE, QU'IL S'AGISSE D'UN JOUR BANCAIRE OUVRABLE OU NON

...

Par la suite cette garantie bancaire a été prolongée à deux reprises à la demande d'O_____ SA, la dernière prolongation étant fixée au 31 décembre 2010.

- C. Par SWIFT du 19 novembre 2010, le CREDIT SUISSE a informé C_____ SA qu'il faisait appel à la garantie (n° xx21) à concurrence de 278'888 fr. et la priait de verser ce montant sur le compte de S_____ SA .

C_____ SA a alors, le 22 novembre 2010, débité le compte d'O_____ SA d'un montant de 278'892 fr. Le relevé détaillé du compte n° xxxx17/01 au 30 novembre 2010 d'O_____ SA chez C_____ SA porte la mention suivante :

"VOTRE ORDRE DU 22.11.10

S_____ SA

SGxxx60 IN TOTAL SETTLEMENT OF OUR GUARANTEE NO xx21 DATED 0.01.2009 FOR CHF 310'000.-"

- D. Par lettre du 3 décembre 2010 adressée à l'Office, C_____ SA a répondu ce qui suit à l'Office:

"Monsieur,

Votre courrier du 27 octobre 2010 a retenu toute notre attention.

La relation mentionnée en objet est désormais clôturée. Après avoir couverts les débits des différents comptes de la relation O_____ SA, concernant la liquidation des affaires intervenues avant votre décision de faillite, en particulier le remboursement de la garantie bancaire de CHF 310'000. - datée du 7.01.2009 en faveur du Crédit Suisse, Lausanne, à hauteur de CHF 278'888. -, le solde a été transféré sur votre CCP.

Vous trouverez, en annexe, les relevés de clôture.

..."

Etaient joints à ce courrier différents documents dont notamment une copie des conditions générales relatives à la relation n° xxxx17 qui prévoient à l'art. 8, un droit de gage et de compensation de la banque sur les avoirs du client et un acte de nantissement signé par O_____ SA le 24 décembre 2008.

- E. Par lettre du 3 janvier 2011, UBS SA, créancière dans la faillite d'O_____ SA a interpellé l'Office pour contester la compensation opérée par C_____ SA. Selon UBS, l'art. 204 al. 1 LP prévoit le dessaisissement complet du failli de l'ensemble des droits patrimoniaux de la masse.

UBS SA attire également l'attention de l'Office sur le fait que l'administrateur unique d'O_____ SA, M. M_____, est président du conseil d'administration de S_____ SA avec signature individuelle. Selon elle, c'est une société dirigée par l'ancien organe d'O_____ SA qui s'est indûment enrichie au détriment des créanciers, en lien avec la garantie bancaire n° xx21. UBS relève aussi que lors de son audition par l'Office le 22 septembre 2010 M. M_____ a indiqué "*qu'il y a un montant qui doit être libéré d'ici la fin de l'année concernant une garantie accordée à un tiers*". M. M_____ a en revanche passé sous silence le fait que cette garantie avait été émise en faveur de S_____ SA . Il a également passé sous silence sa position au sein de cette dernière entité.

En conclusion, UBS SA a contesté toute réalité à la transaction commerciale sous-jacente à la garantie à première demande.

- F. Par courrier du 12 janvier 2011, l'Office a interpellé C_____ SA afin qu'elle produise copie de la garantie bancaire constituée en janvier 2009 ainsi que toute correspondance échangée avant ou après la constitution de la garantie, notamment en relation avec le paiement du 22 novembre 2010.

Contestant formellement tout paiement effectué postérieurement au prononcé de la faillite et se référant à l'art. 204 LP, l'Office invitait également cet établissement bancaire à verser sur son CCP le montant de 278'888 fr.

- G. Par acte du 24 janvier 2011, C_____ SA a formé une plainte auprès de l'Autorité de céans. Selon C_____ SA, l'art. 213 al. 1 donne le droit au créancier de compenser sa créance avec celle que le failli peut avoir contre lui. Toute compensation est 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 à l'ouverture de la faillite ou qu'il ait dégrevé une chose mise en gage pour garantir la dette du failli. Toujours selon C_____ SA, la jurisprudence consacre une exception lorsque la cause juridique de l'obligation repose sur des faits qui se sont produits avant l'ouverture de la faillite (aval, cautionnement, garantie). Pour C_____ SA, le moment de l'exigibilité de la créance que le débiteur veut faire valoir contre le failli par voie de compensation n'est pas décisif, la faculté de compenser restant ouverte lorsque la source de la créance repose sur un acte antérieur au prononcé de la faillite.

Aux dires de C_____ SA, elle disposait d'une créance contre O_____ SA stipulée suite à l'émission de la garantie bancaire en faveur du CREDIT SUISSE. Jusqu'à l'exécution de la garantie, cette créance était affectée d'une condition suspensive, donc pas encore compensable. Elle est devenue exigible au moment de l'appel à la garantie le 22 novembre 2010. C_____ SA soutient que bien que devenue exigible seulement après l'ouverture de la faillite, elle est née avant cette faillite.

En compensant le débit qu'elle avait envers O_____ SA en liquidation suite à l'exécution de la garantie, C_____ SA soutient avoir agi correctement. Pour C_____ SA, l'Office ne saurait exiger d'elle le versement de 278'888 fr. sur son CCP. Elle conclut ainsi à l'annulation de sa décision en tant qu'elle porte sur le versement précité.

- H.** Dans son rapport du 15 février 2011, l'Office conclut principalement à l'irrecevabilité de la plainte et, subsidiairement, à son rejet.

L'Office relève d'abord que C_____ SA ne conteste pas devoir lui remettre la garantie bancaire constituée en janvier 2009 ainsi que toute correspondance échangée avant ou après la constitution de la garantie, notamment en relation avec le paiement du 22 novembre 2010.

Selon l'Office, C_____ SA se plaint en définitive de l'application qu'il fait de l'art. 213 al. 2 LP en annonçant formellement contester tout paiement effectué par celle-ci postérieurement au prononcé de la faillite et relève que si l'administration de la masse admet expressément la compensation, ce qu'elle n'est pas en droit de faire sans l'approbation des créanciers la créance compensante est définitivement éteinte à hauteur du montant compensé. Si aucune plainte n'est déposée contre cette décision de la masse d'accepter la compensation, seul le solde résiduel après compensation ne pourrait alors être cédé aux créanciers cessionnaires intéressés.

En revanche, si la masse n'admet pas la compensation, elle doit pouvoir agir elle-même en justice contre C_____ SA ou céder aux créanciers cessionnaires intéressés son droit d'agir.

L'Office n'a ni admis la compensation ni consulté les créanciers de sorte qu'aucune décision sujette à plainte n'a été rendue ce qui rend irrecevable la plainte du 24 janvier 2011.

Selon l'Office toujours, il revient au juge civil et non à l'Autorité de surveillance de trancher les litiges relatifs à l'application des art. 204, 205 et 213 LP.

- I.** Depuis, en date du 2 mars 2011, l'état de collocation et l'inventaire ont été déposés et peuvent être consultés à l'Office.
- J.** L'argumentation juridique des parties sera examinée ci-après, dans la mesure utile.

EN DROIT

- 1.** L'Autorité de surveillance est compétente pour statuer sur les plaintes formées en application de la LP (art. 13 LP ; art. 125 et 126 LOJ ; art. 6 al. 1 et 3

et 7 al. 1 LaLP) contre des mesures non attaquables par la voie judiciaire (art. 17 al. 1 LP).

En l'espèce, la plaignante formule deux griefs à l'encontre de l'Office :

- d'avoir contesté formellement tout paiement effectué par la plaignante postérieurement à la date de la faillite;
- d'avoir ordonné le versement sur son CCP de 278'888 fr.

2. La plaignante fait d'abord grief à l'Office d'avoir contester l'exécution de la garantie à première demande postérieurement au prononcé de la faillite.

2.1 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).

2.2 Lorsqu'un créancier soulève l'exception de compensation et que la masse l'admet, la créance compensante est définitivement éteinte à hauteur du montant compensé. Toutefois, pour admettre la compensation, l'administration de la masse doit obtenir l'approbation préalable des créanciers (Vincent Jeanneret, in CR-LP, ad art. 213 n° 35 ss).

En revanche, lorsque l'administration de la masse n'admet pas la compensation, elle doit soit agir en justice contre le débiteur du failli qui invoque la compensation soit céder les droits de la masse aux créanciers intéressés à la cession.

Au stade du refus de l'administration de la masse d'accepter la compensation, le débiteur du failli invoquant la compensation ne peut attaquer par la plainte le refus de l'administration de la masse d'accepter la compensation.

La plaignante étant débitrice de la masse des montants portés sur le compte de la faillie, elle ne peut, par la voie de la plainte, attaquer le refus de l'Office d'accepter la compensation qu'elle invoque en se fondant sur l'acte de nantissement.

Ainsi, la plainte doit être rejetée sur ce premier grief.

3. S'agissant du second grief, la plaignante se trouve dans la situation de se voir invitée par l'Office à restituer une somme perçue à tort par l'exécution d'une garantie à première demande en faveur d'un tiers postérieurement à la faillite, garantie qu'elle avait émise à la demande de la faillie en contrepartie d'un acte de nantissement du 24 décembre 2008 sur l'ensemble de ses avoirs auprès de la plaignante.

3.1 Au sens de l'art. 17 al. 1 LP, les actes attaquables à défaut de voie judiciaire ouverte sont les mesures individuelles et concrètes ayant une incidence sur la poursuite en cours, qu'elles font avancer en déployant des effets externes aux organes de l'exécution forcée agissant dans l'exercice de la puissance publique (ATF 116 III 91 consid. 1 ; Nicolas Jeandin, Poursuite pour dettes et faillite. La plainte, FJS n° 679, ad III.A, p. 6 ; Franco Lorandi, *Betriebs-rechtliche Beschwerde und Nichtigkeit, Kommentar zu den Artikeln 13-30 SchKG*, Bâle-Genève-Munich 2000, ad art. 17 n° 46 ss ; Flavio Cometta, in *SchKG I*, ad art. 17 n° 18 ss ; Kurt Amonn / Fridolin Walther, *Grundriss*, 7^{ème} éd., 2003, § 6 n° 7 ss). Pour être attaquables par la voie de la plainte, lesdites mesures doivent être de nature à créer ou à modifier une situation du droit de l'exécution forcée (Pierre-Robert Gilliéron, *Commentaire*, ad art. 17 n° 9 ss, avec citation des ATF 31 I 219 et ATF 36 I 420 ; Walter A. Stoffel, *Voies d'exécution*, § 2 n° 65, avec citation de l'ATF 116 III 91, cons. 1 ; Pauline Erard, in *CR-LP*, ad art. 17 n° 10 ss ; Carl Jaeger / Hans Ulrich Walder / Thomas M. Kull / Martin Kottmann, *SchKG*, 4^{ème} éd., 1997, ad art. 17 n° 18).

3.2 L'invitation faite par l'office à un créancier d'avoir à lui restituer une somme touchée à tort est une simple déclaration de volonté dépourvue de caractère officiel; elle ne constitue pas une décision susceptible de plainte au sens de l'art. 17 LP (ATF 123 III 335 et les références citées).

3.3 En l'occurrence, la plaignante, devenue créancière de la faillie postérieurement à la faillite du fait de l'appel de la garantie à première demande par le CREDIT SUISSE, a compensé sa créance avec une partie des avoirs nantis par la faillie.

Elle se trouve ainsi dans la même position que celle d'un créancier à qui l'on reproche d'avoir à restituer une somme perçue à tort. Cette invitation est une simple déclaration de volonté de l'Office qui n'est pas susceptible de plainte au sens de l'art. 17 LP.

La plainte est également irrecevable pour ce second grief.

**PAR CES MOTIFS,
L'Autorité de surveillance :**

A la forme :

Déclare irrecevable la plainte formée le 24 janvier 2011 par C_____ SA.

Siégeant :

Monsieur Daniel DEVAUD, président ; Monsieur Christian CHAVAZ et Madame Marilyn NAHMANI, juges assesseur(e)s ; Madame Paulette DORMAN, greffière.

Le président :

Daniel DEVAUD

La greffière :

Paulette DORMAN

Voie de recours :

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 l'Autorité de surveillance des Offices des poursuites et des faillites, unique autorité cantonale de surveillance en matière de poursuite pour dettes et faillite (art. 126 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). L'art. 119 al. 1 LTF prévoit que si une partie forme un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire. 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).

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.