



POUVOIR JUDICIAIRE

A/2123/2011-CS

DCSO/52/12

DECISION

DE LA COUR DE JUSTICE

**Chambre de surveillance
des Offices des poursuites et faillites**

DU JEUDI 9 FEVRIER 2012

Plainte 17 LP (A/2123/2011-CS) formée en date du 11 juillet 2011 par la **Masse en faillite de Z_____**, élisant domicile en l'étude de Me Jaroslaw GRABOWSKI, avocat.

* * * * *

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

- **Masse en faillite de Z_____**
c/o Me Jaroslaw GRABOWSKI, avocat
8, Rue Pierre-Fatio
1204 Genève
 - **H_____ SA**
c/o Me Beat MUMENTHALER, avocat
6, Rue Bellot
1206 Genève
 - **Office des faillites (faillite n° 2010 xxxx79 K / OFA
5)**
-

EN FAIT

- A. Par jugement du 11 décembre 2007, le Tribunal d'arrondissement de W_____ (Pologne) a prononcé la faillite de la société polonaise à responsabilité limitée Z_____.

Le 24 juin 2010, sur requête du syndic de la masse en faillite de ladite société, le Tribunal de première instance du canton de Genève a, conformément aux art. 166 ss LDIP, reconnu en Suisse le jugement de faillite en question et ordonné l'exécution de la faillite ancillaire. Selon publication de l'Office des faillites du canton de Genève (ci-après: l'Office) du 22 décembre 2010, cette faillite ancillaire devait être liquidée selon la procédure sommaire (art. 231 LP).

Le 21 janvier 2011, par l'entremise de son conseil suisse, le syndic de la masse en faillite de Z_____ (ci-après également: la masse en faillite polonaise) a demandé à l'Office de porter à l'inventaire de la faillite des créances de 12'155'747,16 USD et 49'437,75 PLN (17'521,18 USD) à l'encontre d'A_____ SA et de 23'539'943,31 USD à l'encontre d'H_____ SA, ainsi que, à concurrence des mêmes montants, des prétentions en annulation de compensations effectuées au détriment de la faillie par ces sociétés et en dommages et intérêts contre les organes de celles-ci et d'H_____ SA. L'Office a donné suite à cette demande.

Par courrier du 4 mars 2011, l'Office a transmis l'inventaire, sur lequel avaient été portées les créances et prétentions susmentionnées, à l'administrateur des trois sociétés concernées, en l'invitant à lui faire savoir de quelle manière il entendait se libérer de ces prétentions. Le 4 avril 2011, dans le délai qui lui a été imparti, l'administrateur a contesté l'ensemble des prétentions et fait valoir que seules les créances à l'encontre d'A_____ SA et d'H_____ SA pouvaient être admises à l'inventaire.

L'Office a modifié sa première décision. Le dépôt de l'état de collocation et de l'inventaire a été annoncé par publication dans la FOSC du 27 avril 2011. H_____ SA est le seul créancier à avoir été admis à l'état de collocation pour une créance de 1'576'756 fr. 49 garantie par le nantissement d'une créance de Z_____ contre H_____ SA. En marge de ladite créance, sous la rubrique "observations", il est indiqué que la production d'H_____ SA est admise en "gage mobilier". A l'inventaire, ne figurent, à son point 1, que H_____ SA et A_____ SA pour les sommes de 12'155'747,16 USD et 49'437,75 PLN (17'521,18 USD).

Le 27 mai 2011, la masse en faillite polonaise a formé une plainte contre l'inventaire (cause A/1573/2011). Celle-ci a été déclarée irrecevable pour cause de tardiveté par décision de la Chambre de céans du 21 juillet 2011 (DCSO/234/2011), confirmée par arrêt du Tribunal fédéral du 14 novembre 2011 (5A_543/2011).

B. a. Par courrier de l'Office du 23 mai 2011, la masse en faillite polonaise a reçu cession des droits de la masse ancillaire suisse pour agir contre le lot de débiteurs porté sous chiffre 1 de l'inventaire de la faillite ancillaire.

b. Suite au dépôt d'une plainte par H_____ SA contre cette décision, cette cession a été annulée.

C'est ainsi que, selon les termes d'une circulaire adressée à H_____ SA le 28 juin 2011, l'Office a déclaré renoncer au recouvrement des débiteurs portés sous chiffre 1 de l'inventaire et lui a offert la cession des droits de la masse conformément à l'art. 260 LP.

L'Office a transmis copie de ladite circulaire à la masse en faillite polonaise par pli du même jour, qui a été reçu par cette dernière le 30 juin 2011.

c. Par courrier du 5 juillet 2011, H_____ SA a requis la cession des droits de la masse aux fins d'agir contre les débiteurs inventoriés à ses risques et périls.

C. a. Par acte expédié le 11 juillet 2011, la masse en faillite polonaise forme plainte, avec demande d'effet suspensif, contre la décision de l'Office du 28 juin 2011 de céder les droits de la masse ancillaire à H_____ SA.

Elle conclut à l'annulation de ladite décision et à ce que la cession des droits inventoriés sous n° 1 de l'inventaire soit faite uniquement en sa faveur et à ce qu'il soit ordonné à l'Office de renoncer formellement à faire valoir les prétentions en annulation des compensations pour des sommes de USD 12'155'747.- et PLN 49'437.75 opposées par A_____ SA.

A l'appui de ses conclusions, elle expose que l'Office confond les prétentions en paiement inscrites à l'inventaire avec les prétentions révocatoires (en annulation des compensations) qu'elle a fait valoir à l'encontre des sociétés du groupe. Or, s'agissant des prétentions révocatoires, elle peut agir seule et directement, à condition que la masse ancillaire y renonce, sans qu'il soit nécessaire d'offrir la cession de telles prétentions aux créanciers colloqués et d'attendre qu'ils y renoncent. Par ailleurs, la masse en faillite polonaise considère que l'Office ne peut offrir à l'intimée des prétentions en paiement portées à l'inventaire, puisqu'une telle cession paralyserait toute action judiciaire à l'encontre des débiteurs mentionnés à l'inventaire.

b. Par ordonnance du 13 juillet 2011, la Chambre de céans a accordé l'effet suspensif requis.

c. Dans ses observations du 29 juillet 2011, l'Office conclut au déboutement de la masse en faillite polonaise de toutes ses conclusions.

d. Dans ses observations du 12 août 2011, H_____ SA a conclu, principalement, à l'irrecevabilité de la plainte et, subsidiairement, à son rejet.

Se référant à la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 129 III 683; 135 III 40), l'intimée considère, en substance, que l'administration de la faillite étrangère n'a pas qualité pour agir en Suisse et qu'elle ne peut notamment pas déposer une plainte contre des décisions de l'office en charge de l'administration de la faillite ancillaire. Elle considère en outre que la plaignante agit à l'encontre des intérêts de la masse ancillaire sur la base, semble-t-il, d'un mandat de recouvrement conféré le 22 décembre 2010 par l'administration de la masse en faillite polonaise à une société dénommée P_____, dont elle conteste la validité. Sur le fond, elle est d'avis que la cession des droits de la masse ancillaire suisse à l'administration de la faillite étrangère n'est pas possible; elle ne serait, quoi qu'il en soit, envisageable qu'en respectant la "cascade" proposée par la doctrine, à savoir qu'il faudrait que ni l'administration de la faillite ancillaire suisse ni aucun des créanciers admis à l'état de collocation dans la faillite ancillaire suisse ne demande la cession des droits auxquels la masse a renoncé.

e. Le 3 novembre 2011, la Chambre de céans a transmis aux parties les dernières écritures versées à la procédure.

f. Le 25 novembre 2011, la masse en faillite polonaise a requis de pouvoir répliquer aux observations de l'intimée, ce qui lui a été accordé dans un délai échéant le 12 décembre 2011.

g. Dans sa duplique (recte: réplique) du 12 décembre 2011, la masse en faillite polonaise a persisté dans ses conclusions.

A l'appui de ses écritures, elle a notamment rappelé le régime "en cascade" prévu par l'art. 171 LDIP pour la cession des droits de la masse et a exposé que seuls les créanciers non-gagistes privilégiés au sens de l'art. 172 al. 1 let. b LDIP, à l'exclusion des créanciers gagistes au sens de l'art. 172 al. 1 let. a LDIP, sont autorisés à obtenir une telle cession. Or, en l'espèce, l'intimée a été admise à l'état de collocation en sa qualité de créancière gagiste. Pour ce motif déjà, la décision querellée devait être annulée et la cession lui être offerte. A cela s'ajoute qu'une cession des droits de la masse est inadmissible en faveur d'un cessionnaire qui est lui-même débiteur des droits cédés ou qui lui est proche, question qui, dans le contexte particulier de la présente affaire, pourrait être examinée par l'autorité de surveillance déjà et non seulement par le juge du fond. Il apparaîtrait en effet douteux que l'intimée agisse en justice à l'encontre de ses sociétés filles.

h. Dans sa réplique du 12 janvier 2012, H_____ SA a persisté dans les termes et conclusions de ses observations du 12 août 2011.

Pour le surplus, elle conteste, pour la première fois, les pouvoirs de représentation de Me Jaroslaw GRABOWSKI, qui n'a pas produit de procuration à l'appui de sa plainte, ainsi que la validité du mandat de recouvrement qui lui aurait été confié. Ce faisant, elle persiste à contester la validité de la décision de l'administration de la masse en faillite polonaise du 22 décembre 2010 de conclure un mandat de recouvrement avec une société dénommée P_____, ajoutant que cette décision n'a pas été avalisée par le Tribunal des faillites polonais compétent.

i. Le 17 janvier 2012, la Chambre de céans a imparti à Me GRABOWSKI un délai au 30 janvier 2012 pour produire la procuration justifiant de ses pouvoirs.

Par pli du 18 janvier 2012, Me GRABOWSKI a produit la procuration qui lui a été conférée le 10 janvier 2010 par le syndic de la masse en faillite polonaise aux fins de le représenter dans la procédure en reconnaissance du jugement de faillite polonais.

Par un second pli du 20 janvier 2012, Me GRABOWSKI a produit copie d'une procuration signée par le syndic de la masse en faillite polonaise lui conférant tous pouvoirs pour représenter ladite masse dans le cadre de la présente procédure de plainte. L'original de cette procuration a été déposé au greffe de la Cour le 26 janvier 2012.

EN DROIT

1. **1.1.** La Chambre de surveillance est compétente pour statuer sur les plaintes formées en application de la LP (art. 13 LP; art. 126 al. 2 let. c 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).

Il est constant que la cession des droits de la masse est un acte sujet à plainte (cf. ATF 113 III 35; DCSO/54/2010).

- 1.2.** La plainte contre une mesure de l'office doit être déposée dans les dix jours suivant celui où le plaignant a eu connaissance de la décision attaquée (art. 17 al. 2 LP).

En l'espèce, la masse en faillite polonaise a reçu copie de la décision querellée le jeudi 30 juin 2011. Expédiée le lundi 11 juillet 2011, la présente plainte a été formée en temps utile.

- 1.3.** Reste à déterminer si la masse en faillite polonaise a qualité pour former plainte, ce que l'intimée conteste.

- 1.3.1.** Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'administration de la masse en faillite étrangère a uniquement qualité pour demander la reconnaissance de la

décision de faillite rendue à l'étranger (art. 166 al. 1 LDIP), requérir des mesures conservatoires (art. 168 LDIP), et, lorsque la décision de faillite a été reconnue en Suisse, intenter l'action révocatoire des art. 285 ss LP (art. 171 LDIP) pour faire valoir les droits à révocation auxquels l'office des faillites suisse et les créanciers colloqués auraient renoncé (ATF 4A_389/2011 du 26 octobre 2011 consid. 2.3.3 et les arrêts cités, notamment ATF 135 III 40 consid. 2.5.1; 134 III 366 consid. 9.2.3; cf. ég. ATF 137 III 374 consid. 3; Bernard DUTOIT, Droit international privé, in JT 2010 I 33 s.; Andrea BRACONI, in Commentaire romand, LDIP-CL, n. 8 ad art. 166-175 LDIP et n. 6 ad art. 171 LDIP).

Dans un arrêt du 21 septembre 2011 destiné à la publication (ATF 5A_415 2011 consid. 3), ultérieurement confirmé (ATF 4A_389/2011 du 26 octobre 2011 consid. 2.3.3, également destiné à la publication), le Tribunal fédéral a tiré de cette jurisprudence la règle générale selon laquelle la masse en faillite étrangère, ou son administration, n'a la qualité pour agir en Suisse que pour autant que la décision de faillite étrangère ait fait l'objet d'une décision (indépendante) de reconnaissance selon la procédure des art. 166 ss LDIP.

En l'espèce, la décision de faillite étrangère a dûment fait l'objet d'une décision de reconnaissance conformément à la procédure des art. 166 ss LDIP. Il y a ainsi lieu de retenir que la masse en faillite étrangère a qualité pour agir en Suisse. Cela étant, il convient encore d'examiner si elle dispose d'un intérêt suffisant pour agir par la voie de la plainte de l'art. 17 LP.

La voie de la plainte est ouverte aux parties à la procédure d'exécution forcée ainsi qu'aux tiers dont la décision attaquée touche des intérêts juridiquement protégés. L'existence d'un intérêt digne de protection à saisir l'autorité de surveillance est une condition de recevabilité de la plainte, qui doit être examinée d'office (Pierre-Robert GILLIERON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, n. 140 ad art. 17 LP).

Est légitimée à porter plainte toute personne directement intéressée à l'issue de la procédure d'exécution forcée, au cours de laquelle est intervenue la décision ou la mesure attaquée. Ainsi, toute personne qui se prétend atteinte, lésée dans ses intérêts juridiquement protégés respectivement dignes de protection, par la décision ou la mesure d'une autorité de poursuite ou d'un organe de l'exécution forcée a qualité pour porter plainte (GILLIERON, op. cit., n. 144 ad art. 17 LP et les références citées).

En l'espèce, dès lors que la masse en faillite étrangère peut se voir céder les droits de la masse en faillite ancillaire selon le régime "en cascade" consacré par la jurisprudence relative à l'art. 171 LDIP (cf. les références susmentionnées), il convient de lui reconnaître la qualité pour porter plainte contre la décision querellée.

Sous cet aspect, la présente plainte apparaît par conséquent recevable.

1.3.2. Dans sa duplique, l'intimée conteste les pouvoirs de Me Jaroslaw GRABOWSKI de représenter la plaignante.

La représentation professionnelle des parties aux procédures d'exécution forcée est prévue à l'art. 27 LP. En application de cette disposition, qui autorise les cantons à réglementer la représentation professionnelle des intéressés à la procédure d'exécution forcée, le législateur genevois a édicté la loi réglementant la profession d'agent d'affaires du 2 novembre 1927 (LPAA – RS/GE E 6 20), qui prévoit la représentation conventionnelle des parties devant les autorités de poursuite. L'art. 27 LP et les dispositions de la LPAA s'appliquent également à la représentation des parties devant l'autorité de surveillance (DCSO/150/05 du 17 mars 2005, consid. 1.b; DCSO/694/2006 du 30 novembre 2006, consid. 2b)

A teneur de l'art. 1 let. a LPAA, sont notamment admis en qualité de mandataires des parties auprès des offices des poursuites et des faillites de Genève les avocats et les avocats stagiaires rattachés au barreau de Genève ou à celui d'un autre canton.

Sur demande, le représentant doit justifier ses pouvoirs par une procuration écrite (art. 9 al. 2 LPA applicable par renvoi de l'art. 9 al. 4 LaLP).

Selon une jurisprudence constante, la plainte est déclarée irrecevable lorsque les parties auxquelles il est demandé de déposer une procuration en faveur du conseil qu'elles ont choisi ne le font pas dans le délai imparti (cf. ATA/173/2004 du 2 mars 2004, consid. 2b et les arrêts cités).

En revanche, il n'a jamais été exigé que le document attestant des pouvoirs remis à un conseil soit antérieur à la création du lien d'instance. Une telle condition serait exorbitante au regard de la pratique selon laquelle le dépôt d'une procuration écrite n'est pas exigée de manière systématique et de la teneur des règles sur le mandat (art. 394 ss CO) aux termes desquelles un tel contrat peut être oral (ATA/173/2004 précité).

En l'espèce, Me GRABOWSKI a produit, dans le délai imparti, une procuration justifiant de ses pouvoirs de représentation dans la présente procédure. Il y a donc lieu de considérer que la masse en faillite polonaise est valablement représentée par cet avocat.

1.3.3. Respectant pour le surplus les exigences de forme posées par la loi (art. 9 al.1 LaLP), la présente plainte est recevable et il y a lieu d'entrer en matière.

2. Comme rappelé ci-dessus, l'administration d'une faillite étrangère ne dispose du droit d'intenter l'action révocatoire que si l'office des faillites suisse et les

créanciers colloqués ont renoncé à introduire cette action (cf. les références jurisprudentielles susmentionnées au consid.1.3.1).

En cas de renonciation de la masse en faillite ancillaire, le cercle des créanciers ayant qualité pour agir est sujet à discussion. La jurisprudence parle tantôt des créanciers qui sont colloqués en vertu de l'art. 172 al. 1 LDIP, c'est-à-dire des créanciers gagistes (art. 172 al. 1 let. a LDIP) et des créanciers non-gagistes privilégiés domiciliés en Suisse (art. 172 al. 1 let. b LDIP; ATF 135 III 40 consid. 2.5.1), tantôt de ces derniers seulement (ATF 135 III 666 consid. 3.2.1, SJ 2009 I 497; ATF 5A_483/2010, consid. 2.2, rés. in JT 2011 II 198; BRACONI, op. cit., n. 19 ad art. 171 LDIP).

Le dernier arrêt rendu par le Tribunal fédéral en la matière (arrêt 4A_389/2011 du 26 octobre 2011, consid. 2.3.3 destiné à la publication) ne fait mention que des créanciers colloqués ("*kollozierten Gläubiger*"), sans préciser s'il faut entendre par là à la fois les créanciers gagistes et les créanciers non-gagistes privilégiés ou uniquement ces derniers.

A l'instar notamment de Karl WÜTHRICH (Kann eine ausländische Konkursmasse in der Schweiz eine Klage gegen einen ihrer Schuldner mit Sitz oder Wohnsitz in der Schweiz einleiten? in Jusletter du 25 octobre 2004, n. 5), la Chambre de céans est d'avis que la jurisprudence du Tribunal fédéral doit être interprétée en ce sens que la qualité pour agir n'appartient qu'aux créanciers non-gagistes privilégiés au sens de l'art. 172 al. 1 let. b LDIP, dès lors que seuls ces derniers seront prioritairement désintéressés par la masse en faillite suisse (cf. ég. BRACONI, op. cit., n. 19 ad art. 171 LDIP et les auteurs cités).

Il suit de là que s'il n'y a aucun créancier colloqué au sens de l'art. 172 al. 1 let. b LDIP, la prétention révocatoire peut être cédée à l'administration de la faillite étrangère (cf. ATF 137 III 374 consid. 3 et les références citées; BRACONI, op. cit., n. 20 ad art. 171 LDIP).

En l'espèce, force est de constater que la décision querellée, en offrant prioritairement la cession à l'intimée, seule créancière admise à l'état de collocation, ne respecte pas le régime "en cascade" consacré par la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de cession des droits de la masse ancillaire, tel qu'interprété ci-dessus. Il apparaît en effet que l'intimée a été admise à l'état de collocation en sa qualité de créancière gagiste. La cession des droits de la masse n'avait donc pas à lui être offerte. L'Office ayant renoncé à exercer lui-même la prétention litigieuse, la cession aurait dû être offerte à la plaignante.

Bien fondée, la plainte sera admise, la décision querellée annulée, et l'Office invité à céder les droits de la masse à la plaignante.

3. La procédure de plainte est gratuite (art. 20a al. 2 ch. 5 LP et art. 61 al. 2 let. a OELP) et il ne peut être alloué aucun dépens dans cette procédure (62 al. 2 OELP). Conformément à ces dispositions, la présente décision est rendue sans frais ni dépens.

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre de surveillance :**

A la forme :

Déclare recevable la plainte déposée le 11 juillet 2011 par la Masse en faillite de Z_____ contre la décision de cession des droits de la masse rendue le 28 juin 2011 par l'Office des faillites dans le cadre de la faillite ancillaire n° 2010 xxxx79 K / OFA 5.

Au fond :

L'admet.

Annule la décision attaquée.

Invite en conséquence l'Office à céder les droits de la masse à la plaignante.

Siégeant :

Monsieur Grégory BOVEY, président; Monsieur Philipp GANZONI et Monsieur Eric DE PREUX, juges assesseurs; Madame Véronique PISCETTA, greffière.

Le président :
Grégory BOVEY

La greffière :
Véronique PISCETTA

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 la Chambre 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.