



POUVOIR JUDICIAIRE

DCSO/516/10

DÉCISION

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

DU JEUDI 25 NOVEMBRE 2010

Cause A/2312/2010, plainte 17 LP formée le 5 juillet 2010 par **D_____ BV**, élisant domicile en l'étude de Me Daniel TUNIK, avocat, à Genève.

Décision communiquée à :

- **D_____ BV**

domicile élu : Etude de Me Daniel TUNIK, avocat
Lenz & Staehelin
Route de Chêne 30
1211 Genève 17

- **G_____ SA**

domicile élu : Etude de Me Nicolas DINICHERT, avocat
Gillioz Dorsaz & Associés
Rue du Général-Dufour 11
Case postale 5840
1211 Genève 11

- **Office des faillites**

(Faillite n° 2005 xxxx40 S / 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.a. Par jugement du 26 octobre 2005, le Tribunal de première instance a prononcé la faillite de S_____ SA. Depuis septembre 2003, l'intégralité de son capital-actions était détenu par D_____ BV et S_____ BV, sociétés elles-mêmes intégralement détenues et animées par M. D_____, lequel était, en outre, administrateur-président de S_____ SA avec signature collective à deux dès le 27 avril 2004.

Par jugement du 19 juin 2006, le Tribunal de première instance a ordonné la liquidation sommaire de cette faillite.

Les procédures pendantes devant le Tribunal des baux et loyers, opposant la faillie à son bailleur, G_____ SA, ont été suspendues par jugements du 23 novembre 2005 (cause C/27788/2003-2-B) et du 30 août 2006 (cause C/22642/2005-2-D).

A.b. Le 6 décembre 2005, l'Office des faillites (ci-après : l'Office) a dressé l'inventaire des actifs de la faillie et estimé leur valeur totale à 7'776'539 fr., argent comptant non compris.

Sur les biens mobiliers portés à l'inventaire sous ch. 1 à 120, 122 à 216 et 218 à 264, G_____ SA a fait valoir un droit de rétention (art. 268 CO) ; sur les biens mobiliers inscrits sous ch. 5, 6, 36, 38 et 39, estimés à 2'500'000 fr., D_____ BV a fait valoir un droit de gage conventionnel.

Le 22 décembre 2005, la masse en faillite de S_____ SA a signé avec H_____ SA une convention de cession des actifs mobiliers et industriels (à l'exclusion des immeubles), tels qu'ils sont énumérés et décrits dans l'inventaire, pour le prix de 1'750'000 fr. L'objectif de cette société, qui avait conclu un contrat de bail avec G_____ SA, était d'essayer de relancer l'activité industrielle exercée par la faillie et elle envisageait d'engager à cet effet une trentaine d'employés (cf. convention de cession p. 2 et 3, chargé de G_____ SA du 13 août 2010). Cette société, qui a modifié sa raison sociale pour devenir S_____ SA, est toujours active.

A.c. Par publication dans la FOOSC et la FAO du 28 juin 2006, l'Office a fixé le délai pour les productions au 28 juillet 2006. L'état de collocation a été déposé le 29 novembre 2006, selon publication dans la FOOSC et la FAO.

A.d. La créance produite par G_____ SA, à hauteur de 5'227'927 fr. 80 (collocation n° 2) y était *"mentionnée pour mémoire selon l'art. 63 OAOF. La masse reprendra la procédure pendante"*. Cette créance avait été contestée dans sa totalité par M. D_____ dans une lettre adressée à l'Office le 16 octobre 2006.

Le 29 janvier 2007, G_____ SA et la masse en faillite de S_____ SA, représentée par l'Office, ont signé des conclusions d'accord aux termes desquelles elles demandaient au Tribunal des baux et loyers de reprendre l'instruction des

causes C/27788/2003-2-B et C/22642/2005-2-D et de leur donner acte que la masse en faillite de S_____ SA reconnaît être débitrice de G_____ SA pour un montant d'arriérés de loyers de 3'450'521 fr. 90, au bénéfice de la garantie du droit de rétention du bailleur, en partie exercé par prises d'inventaire préalablement à la faillite, et au bénéfice de toute garantie du locataire déposée par la S_____ SA avant sa faillite (art. 219 al. 1 LP).

Par jugement du 14 février 2007 (JTBL/219/2007), le Tribunal de première instance, statuant d'accord entre les parties, a homologué ces conclusions.

L'état de collocation a été modifié le 19 février 2007 et déposé à nouveau le 2 mai 2007, selon publication dans la FOSSC et la FAO. La production de G_____ SA y était admise en gage mobilier pour 3'450'521 fr. 90 sur les n^{os} 1 à 264 et 277 de l'inventaire avec l'indication : "*Créance mentionnée pour mémoire selon art. 63 OAOF. La masse reprendra la procédure pendante*".

A.e. La créance produite par D_____ BV à hauteur de 10'304'556 fr. (collocation n^o 1), qui avait été écartée en totalité - ce dont l'intéressée avait été informée par avis du 29 novembre 2006 - a, suite à la procédure en contestation de l'état de collocation intentée par cette dernière, été admise, à raison de 1'622'670 fr. en qualité de créance garantie par gages (nantissements), à raison de 3'626'886 fr. en 3^{ème} classe et à raison de 5'055'000 fr. en 3^{ème} classe postposée (arrêt du Tribunal fédéral 5A_315/2009 du 13 août 2009 confirmant l'arrêt de la Cour de justice du 20 mars 2009). L'état de collocation a été modifié en conséquence le 4 septembre 2009.

A.f. Par courrier du 25 février 2010, le conseil de D_____ BV a écrit à l'Office pour lui faire part de la volonté de sa mandante de requérir la continuation des procédures judiciaires pendantes devant le Tribunal des baux et loyers, qui avaient été suspendues suite au prononcé de la faillite, et de reprendre, le cas échéant, en son nom les droits de la faillie y relatifs.

Le 4 mars 2010, l'Office a répondu en ces termes : "*Comme cela avait été annoncé aux créanciers de la faillie lors du dépôt de l'état de collocation en novembre 2006, la masse en faillite a repris le procès suspendu opposant la S_____ SA à G_____ SA. Dit procès a abouti à un jugement dont vous trouverez une copie en annexe à la présente. De ce fait, nous ne pouvons procéder à la cession des droits de la masse en faveur de votre mandante*".

Par courrier du 1^{er} avril 2010, D_____ BV a fait savoir à l'Office qu'elle était "*consternée*" d'apprendre "*seulement à présent*" que la masse en faillite avait repris cette procédure et que celle-ci avait abouti à une reconnaissance pure et simple d'une créance garantie par gage d'un montant de 3'450'521 fr. 90 au bénéfice de G_____ SA, alors que l'Office savait pertinemment que les créances de loyers réclamés par cette société étaient litigieuses et contestées par les autres créanciers, dont elle-même. G_____ SA déclarait que, dans ce contexte, il était

évident qu'une fois ses droits reconnus dans la procédure en contestation de l'état de collocation qu'elle avait dû intenter, elle entendait pouvoir contester cette créance litigieuse et qu'il allait de soi que les procès relatifs au bail de S_____ SA devraient être repris uniquement après le dépôt de l'état de collocation suivant cette procédure. Elle reprochait à l'Office d'avoir décidé de régler, "*en catimini*" et sans consulter les autres créanciers, le litige opposant la masse en faillite à G_____ SA et l'invitait à lui faire part "*de sa détermination et des mesures qu'il entend(ait) prendre à l'égard des créances colloquées au bénéfice d'un gage dans la faillite de S_____ SA, notamment celles reconnues en sa faveur*".

Dans sa réponse du 14 avril 2010, l'Office a confirmé les termes de son courrier du 4 mars 2010, relevant qu'il ne saurait en aucun cas se substituer à un tribunal et prendre des mesures allant à l'encontre d'une décision judiciaire. Il ajoutait qu'il serait toujours loisible à D_____ BV de faire valoir ses droits à l'encontre de G_____ SA dans le cadre de la répartition du produit de la réalisation des actifs faisant l'objet d'un droit de gage, précisant que le tableau de répartition lui sera dûment notifié dès son établissement.

- A.g. Sous pli recommandé du 24 juin 2010, l'Office a communiqué à D_____ BV un décompte mobilier ainsi qu'un décompte de réalisation et frais, auxquels était joint un tableau intitulé "Détermination de la créance de loyer bénéficiant du droit de rétention portant sur cinq machines frappées également d'un droit de gage conventionnel". Il en ressort que le découvert sur la créance de G_____ SA (3'450'521 fr. 90) est de 1'834'297 fr. 95 et que D_____ BV ne perçoit aucun dividende sur sa créance de 1'622'670 fr. garantie par gages. L'Office a fixé à 483'458 fr. le produit net correspondant aux cinq machines (ch. 5, 6, 36, 38 et 39 de l'inventaire) sur lesquels G_____ SA avait fait valoir un droit de rétention et D_____ BV un droit de gage conventionnel et a réparti cette somme selon le principe de la priorité dans le temps. Sur la base du tableau susmentionné, il a retenu que les créances de loyers bénéficiant du droit de rétention, pour une période antérieure à la naissance de la première créance bénéficiant du droit de gage conventionnel (le 22 mars 2005), soit du 1^{er} octobre 2004 au 28 février 2005, admises définitivement à l'état de collocation, s'élevaient à 596'489 fr. 53, soit un montant supérieur au produit net des cinq machines, et qu'en conséquence dit produit, 483'458 fr., revenait intégralement au créancier bailleur.
- B.a. Par acte posté le 5 juillet 2010, D_____ BV a porté plainte, assortie d'une demande d'effet suspensif, contre lesdits décomptes. Elle conclut à ce qu'il soit dit et constaté que la décision de la masse en faillite de continuer les procès pendants et suspendus opposant G_____ SA à S_____ SA et la décision du 24 juin 2010 de l'Office sont nulles, à la rectification de l'état de collocation en tant que la créance de G_____ SA est de 152'165 fr. 40 et à ce qu'il soit ordonné à l'Office de procéder à un nouveau décompte, lequel devra tenir compte de la valeur réelle de la créance de G_____ SA ainsi que de la valeur des cinq machines sur lesquels elle dispose d'un droit de gage conventionnel. En substance, elle fait

valoir que la décision de la masse en faillite de continuer les procès, prise sans la consulter, viole "*de manière crasse*" les principes cardinaux de la procédure de faillite (art. 48, 49 et 63 OAOF), son droit d'être entendu et le principe de la bonne foi, partant qu'elle est nulle (art. 22 LP), et que l'état de collocation - et par voie de conséquence les décomptes du 24 juin 2010 -, doivent être rectifiés et ne retenir qu'une créance de 152'165 fr. 40, soit les loyers fixes dus à partir du 26 octobre 2004 - échus moins d'un an avant le prononcé de la faillite - bénéficiant du droit de rétention du bailleur. D_____ BV critique, par ailleurs, le tableau dressé par l'Office, plus précisément la prise en compte d'un loyer mensuel variable de 117'245 fr. 31 de juin 2003 à décembre 2004, puis de 106'803 fr. 43 jusqu'en octobre 2005, montants qu'elle qualifie d'arbitraires. Enfin, elle soutient que l'Office ne pouvait pas attribuer aux machines, sur lesquelles elle a un droit de gage conventionnel, une valeur de 483'458 fr., alors même que ces actifs avaient été estimés à 2'500'000 fr.

Par ordonnance du 6 juillet 2010, la Commission de céans a accordé l'effet suspensif à la plainte.

- B.b Dans son rapport du 20 août 2010, l'Office déclare s'en rapporter à justice tant sur la forme que sur le fond. Il explique que, compte tenu de la problématique soulevée par la plaignante, il a demandé au Tribunal des baux et loyers s'il était possible "*de se replacer dans la situation telle qu'elle était avant le dépôt des conclusions d'accord (par hypothèse entachée de nullité) déposées par les parties au procès le 19 décembre 2006, en annulant le jugement JTBL/219/2007 du 14 février 2007 et en réactivant au rôle de la juridiction des baux et loyers les causes (suspendues) C/27788/2003-2-B et C/22642/2005-2-D*" ; cette juridiction lui a répondu qu'il ne pouvait "*accéder à sa demande de réactivation au rôle du TBL de certaines causes suspendues*". L'Office déclare en conséquence qu'il ne se justifie plus d'interpeller les créanciers pour leur offrir la cession des droits de la masse dans la mesure où précisément une telle reprise n'est plus possible et qu'il ne voit d'autre solution que "*d'envisager un nouveau dépôt de l'état de collocation*", précisant que cette mesure "*permettrait, en effet, une guérison complète des éventuelles nullités que la plaignante demande à la Commission de céans de relever, puisque l'admission de la créance de (G_____ SA) à hauteur du montant retenu par le jugement litigieux, pourra alors faire l'objet d'une action en élimination de créance de la part de tout autre créancier d'ores et déjà définitivement admis, parmi lesquels la plaignante figure (art. 250 al. 2 LP)*".

Invitée à se déterminer, G_____ SA a conclu à l'irrecevabilité de la plainte en ce qu'elle concerne toutes les décisions antérieures à la décision de l'Office du 24 juin 2010 et en ce qu'elle vise la rectification de l'état de collocation, subsidiairement à son rejet. En résumé, elle soutient que la procédure suivie par l'Office n'est pas entachée d'irrégularités et que, même dans cette hypothèse contestée, la décision de reprendre les procès suspendus n'est pas nulle au sens de l'art. 22 LP ni même annulable, D_____ BV n'ayant pas porté plainte dans le

délai prescrit contre les états de collocation dont elle a eu connaissance les 29 novembre 2005 et 2 mai 2007 et ces actes ne pouvant au demeurant être contestés par cette voie que pour dénoncer des vices de procédure dans son établissement, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Elle fait, en outre, valoir que la décision de collocation de sa créance, prise en vertu du jugement du Tribunal des baux et loyers du 14 février 2007, n'est ni nulle, ni imprécise ou obscure, et qu'elle ne peut donc être attaquée par la voie de la plainte à l'occasion du dépôt du tableau de distribution. Enfin, elle affirme que les montants des loyers et de la valeur de réalisation des actifs nantis au bénéfice de D_____ BV, tels que retenus par l'Office dans le tableau qu'il a dressé et qui était joint à la mesure querellée, ne sont ni arbitraires ni insoutenables.

- B.c. Les parties ont été autorisées à répliquer, respectivement à dupliquer, l'Office étant invité à compléter son rapport sur la question de la répartition des créances portant sur les actifs frappés du droit de rétention du bailleur et du droit de gage conventionnel de D_____ BV.

Dans ce rapport complémentaire du 17 septembre 2010, l'Office indique que, pour déterminer le mode de répartition du produit de vente des biens, objets du gage mobilier et du droit de rétention du bailleur, il a appliqué, par analogie, le principe de la priorité dans le temps, tel que défini à l'art. 893 al. 2 CC. Il a, par ailleurs, tenu compte, pour chaque loyer mensuel fixe et additionnel, d'une réduction de 33,998287 % (ratio de 0.66001713) correspondant à la différence entre la créance produite initialement (5'227'927 fr. 80) et celle finalement admise (3'450'521 fr. 90 à teneur du jugement du Tribunal des baux et loyers du 14 février 2007) ; il a fixé en conséquence les loyers au bénéfice d'un droit de rétention à 596'489 fr. 53, considérant que seuls les loyers d'octobre 2004 à février 2005 en bénéficiaient, le premier prêt garanti par gage conventionnel ayant été conclu le 22 mars 2005, soit postérieurement à la période précitée ; ce montant, supérieur au produit de la vente des gages (483'458 fr.), ne laissait donc plus de disponible pour le règlement des créances au bénéfice d'un droit de gage conventionnel. S'agissant de la valeur attribuée aux machines sur lesquels D_____ BV bénéficie du droit précité, l'Office explique que leur prix de réalisation, à l'instar de tous les autres actifs qui ont fait l'objet d'une vente d'urgence en bloc selon convention du 22 décembre 2002, a été déterminé au prorata des estimations portées à l'inventaire, par analogie à l'art. 118 ORFI, précisant que le produit de vente fixé conventionnellement à 1'750'000 fr. n'a pas été contesté et qu'il ne saurait dès lors être remis en cause. Il ajoute que les créanciers ont été avisés de sa décision de reprendre la procédure suspendue devant le Tribunal des baux et loyers par la publication dans la FAO et la FOSC et soutient que ce procès au fond s'est transformé en procès en collocation, l'enjeu étant en définitive l'admission ou le rejet de la production de la créance de G_____ SA. Aussi, dans le cadre de ce procès, a-t-il considéré que l'art. 63 al. 3 OAOF devait s'appliquer attendu qu'un jugement du Tribunal des baux et loyers a été rendu le 14 février 2007. Enfin, l'Office, qui conclut

"*finale*ment" au rejet de la plainte, relève que si, par impossible, il devait être considéré que l'art. 66 al. 2 OAOF devait s'appliquer, cette disposition a été respectée puisqu'il a déposé et publié, le 2 mai 2007, un état de collocation modifié, notamment dans le sens de la reconnaissance des droits de G_____ SA, ce qui a permis aux créanciers d'agir en élimination de créance en vertu de l'art. 66 al. 1 *in fine* OAOF, or, la plaignante s'en est abstenue. L'Office produit un tableau de répartition du produit de vente faisant état d'un produit de vente brut de 1'680'000 fr. (1'750'000 fr.- 70'000 fr., "good will, etc. non soumis au droit de rétention et de gage), respectivement, déduction des frais (189'826 fr. 05), d'un produit net de 1'490'173 fr. 95.

D_____ BV a produit sa réplique le 17 septembre 2010. En substance, elle confirme la teneur de sa plainte. Le 15 octobre 2010, elle a déposé une écriture complémentaire, en réponse aux observations de l'Office du 17 septembre 2010. En résumé, D_____ BV affirme que, s'il n'y pas lieu de contester *in abstracto* l'application du principe de priorité dans le temps à des biens gagés à différents titres, le raisonnement de l'Office, basé sur le résultat du jugement du Tribunal des baux et loyers du 14 février 2007, est forcément vicié, la décision de poursuivre les procès pendants étant nulle. Au surplus, elle critique les conclusions d'accord prises par la masse en faillite et G_____ SA et homologuées dans le jugement précité, soutenant qu'elles n'appréhendent pas de manière correcte l'assiette qu'il conviendrait d'attribuer au droit de rétention du bailleur. S'agissant des explications de l'Office quant à la validité de la reprise des procès suspendus, D_____ BV les qualifie d'erronées, relevant notamment que les principes posés à l'art. 63 al. 3 OAOF impliquent que tous les créanciers soient formellement consultés avant la reprise d'un procès et que l'art. 66 OAOF ne trouve pas application en l'espèce. Enfin, D_____ BV déclare que les actifs, vendus pour le prix de 1'750'000 fr., étaient constitués, en grande partie, de mobilier usager ou de machines en cours de production au moment de la faillite, ainsi que des cinq machines gagées à son profit, lesquelles étaient terminées à 65 % pour trois d'entre elles et même à 95 % pour les deux autres. Elle soutient en conséquence que l'acheteur était essentiellement, voire uniquement, intéressé par l'acquisition de ces dernières et que le produit de la vente ne saurait être attribué de manière linéaire à l'ensemble de ces actifs.

G_____ SA a présenté sa duplique le 28 octobre 2010. Pour l'essentiel, elle se réfère aux arguments développés dans sa précédente écriture selon lesquels la décision de l'Office de continuer les procès suspendus n'est ni nulle ni même annulable. Elle ajoute que, contrairement à ce que soutient D_____ BV, la prétendue nullité de cette décision ne saurait, en tout état, avoir d'effet rétroactif sur l'accord préalablement passé avec la masse en faillite, ni emporter nullité du jugement du Tribunal des baux et loyers, la Commission de céans ne pouvant au demeurant s'ériger en autorité de recours contre les décisions de cette juridiction. Concernant les méthodes de calcul de la répartition du produit de vente, G_____ SA fait valoir que, conformément aux conclusions d'accord

homologuées par le Tribunal des baux et loyers, sa créance au bénéfice du droit de rétention est de 3'450'521 fr. 90, montant correspondant au solde du "loyer raisonnable" sur toute la durée du bail, soit de juin 2003 à octobre 2005 inclus (vingt-neuf mois) et très largement supérieur au produit net de réalisation de l'ensemble des actifs de 1'490'173 fr. 95. Elle relève, par ailleurs, que même si le calcul de l'Office est critiquable dans la mesure où il retient, à tort, que son droit de rétention cesse d'exister au moment où prend naissance le droit de gage conventionnel de D_____ BV et que par conséquent seuls les loyers du 1^{er} octobre 2004 au 28 février 2005 bénéficient du droit de rétention du bailleur, le montant dû à ce titre, soit 596'489 fr. 53, est supérieur au produit net susrappelé, lequel doit en conséquence lui être attribué. Enfin, G_____ SA ajoute qu'H_____ SA, qui entendait reprendre les activités de la faillie, était donc intéressée par l'ensemble des machines, que le prix payé représentait la contrevaletur de tous les actifs, sans que les cinq machines gagées au profit de D_____ BV aient eu une valeur particulière et une valorisation spécifique, et que, par conséquent, le calcul effectué par l'Office, qui a appliqué par analogie l'art. 118 ORFI, n'est pas arbitraire.

EN DROIT

- 1.a. La Commission de céans est compétente pour connaître des plaintes dirigées contre des mesures prises par des organes de l'exécution forcée qui ne sont pas attaques par la voie judiciaire (art. 17 LP ; art. 10 al. 1 et art. 11 al. 2 LaLP ; art. 56R al. 3 LOJ). La plainte doit être déposée dans les dix jours de celui où le plaignant a eu connaissance de la mesure (art. 17 al. 2 LP).
- 1.b. Un décompte mobilier et décompte de réalisation et frais est une mesure sujette à plainte et la plaignante, créancière gagiste, a qualité pour agir par cette voie.

Un tableau de distribution des deniers, s'il représente une mesure en soi sujette à plainte (cf. art. 88 OAOF), ne peut toutefois être contesté par cette voie que pour le motif qu'il serait contraire à l'état de collocation, ne respecterait par l'art. 85 OAOF, ou serait incomplet ou inintelligible (Pierre-Robert Gilliéron, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 4^{ème} éd. 2005, n° 2075 ; Walter A. Stoffel, Voies d'exécution, § 11 n° 124 ; Daniel Staehelin, in SchKG III, ad art. 261 n° 11 ; Nicolas Jeandin / Niki Casonato, CR-LP, ad art. 261 n° 16 ss). Le plaignant ne peut, en effet, plus faire valoir des griefs matériels relatifs à l'existence de la créance. Seuls des griefs relatifs à l'établissement de cet acte peuvent être avancés et, à ce stade de la procédure, on doit seulement examiner si le tableau de distribution correspond à l'état de collocation (ATF 102 III 155).

- 1.c. En l'occurrence, la plaignante soutient que la décision de l'Office de poursuivre les procès suspendus, sans la consulter, est entachée de nullité et que les actes établis postérieurement au jugement du Tribunal des baux et loyers, soit l'état de

collocation et le décompte mobilier et décompte de réalisation et frais, qui ne sont que la conséquence de cette décision, sont également nuls.

La Commission de céans, qui doit constater, indépendamment de toute plainte, la nullité de mesures contraires à des dispositions édictées dans l'intérêt public ou dans l'intérêt de personnes qui ne sont pas parties à la procédure (art. 22 al. 1 LP), entrera donc en matière sur la présente plainte.

- 2.a. Sauf dans les cas d'urgence, les procès civils auxquels le failli est partie et qui influent sur l'état de collocation sont suspendus. Ils ne peuvent être continués, en cas de liquidation sommaire, qu'après les vingt jours qui suivent le dépôt de l'état de collocation (art. 207 al. 1 LP).

Les créances qui font l'objet d'un procès au moment de l'ouverture de la faillite sont simplement mentionnées pour mémoire dans l'état de collocation (art. 63 al. 1 OAOF). Si le procès, suspendu en vertu de l'art. 207 LP, n'est continué ni par la masse, ni par les créanciers individuellement en vertu d'une cession des droits de la masse selon l'art. 260 LP, la créance est considérée comme reconnue et les créanciers n'ont plus le droit d'attaquer son admission à l'état de collocation (art. 63 al. 2 OAOF).

- 2.b. Les procédures d'autorisation prévues aux art. 48 ss OAOF - et non uniquement celle de l'art. 48 comme le prévoit le texte de l'art. 63 al. 4 OAOF (ATF 5A_347/2007 consid. 2.2) - s'appliquent par analogie aux prétentions litigieuses lors de l'ouverture de la faillite. Dans la liquidation ordinaire, les créanciers qui entendent obtenir la cession doivent, sous peine de péremption, la demander au plus tard dans les dix jours suivant la seconde assemblée des créanciers (art. 48 al. 1 OAOF), sauf circonstances spéciales justifiant le dépôt des demandes avant ladite assemblée (art. 48 al. 2 OAOF). En cas de liquidation sommaire, le même délai est imparti aux créanciers dans les cas importants, cette communication leur étant faite en même temps que celle du dépôt de l'état de collocation (art. 49 et 96 OAOF).

- 2.c. En règle générale, il n'y a pas d'assemblée des créanciers en cours de liquidation sommaire (art. 231 al. 3 ch. 1 1^{ère} phr. LP), sauf exceptions (par ex. art. 96 let. a OAOF). Toutefois, lorsque des circonstances spéciales rendent une consultation des créanciers souhaitables, l'office, en sa qualité d'administration ordinaire, peut les convoquer à une assemblée ou provoquer une décision de leur part au moyen de circulaire (art. 231 al. 3 ch. 1 2^{ème} phr. LP). Au nombre des circonstances spéciales figurent tous les cas dans lesquels l'administration ordinaire envisage de renoncer à faire valoir une prétention du failli ou de la masse ou de défendre dans un procès pendant, ou qui sera introduit, et d'offrir à un intervenant colloqué, ou qui procède pour l'être, de soutenir le procès en ses lieu et place, et à ses risques et périls. C'est ainsi qu'une cession, de même qu'une offre de cession, n'est valable que si elle fait suite à une décision de la masse,

c'est-à-dire de la majorité des créanciers, de renoncer à agir elle-même. Il faut en tout les cas, sous peine de nullité, accorder à tous les créanciers l'occasion de se déterminer quant à une éventuelle renonciation avant d'offrir la cession des droits litigieux, même lorsque la faillite est liquidée en la forme sommaire. Ces exigences prévalent également s'agissant de la cession des droits relatifs aux créances litigieuses lors de l'ouverture de la faillite au sens de l'art. 63 al 2 OAOF (Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire ad art. 231 n° 24 ; ATF 134 III 75 consid. 2.2 et 2.3 et les arrêts cités, SJ 2008 I 161 ; arrêt du Tribunal fédéral 5A_178/2009 du 4 décembre 2009 et les réf. citées).

- 3.a. Bien qu'elle ne soit pas liée par ses déclarations (art. 245 LP), l'administration de la masse est tenue de consulter le débiteur commun, mais non les créanciers, sur chaque production, ainsi que sur les droits résultant du registre foncier (art 244 al. 2 2^{ème} phr. LP) (Andrea Branconi, La collocation des créances en droit international suisse de la faillite p. 79 ch. 3.1. et la note n° 199).
- 3.b. Lorsqu'il a été décidé que la liquidation aura lieu selon le mode sommaire, les compétences réservées à la communauté des intervenants sont limitées (art. 231 al. 3 ch. 1 LP ; art. 96 OAOF) (cf. consid. 2.c.).

Dans un arrêt paru aux ATF 86 III 124 (JdT 1961 II 41), le Tribunal fédéral a prononcé qu'en règle générale il y a lieu de soumettre aux créanciers, lors d'une assemblée ou par voie de circulaire, la question de savoir si on fera valoir une prétention devant le juge et si l'on transigera ; le fait que, d'après l'art. 260 LP, les prétentions de la masse ne peuvent être valablement cédées qu'après que les créanciers y ont renoncé au nom de la masse, n'autorise pas à conclure que la décision de faire un procès n'a, au contraire, pas besoin d'être prise par les créanciers.

Dans une décision du 12 janvier 2006 (DCSO/1/2006 consid. 2.b. *in fine*), la Commission de céans a déclaré irrecevable, pour cause de tardiveté, subsidiairement pour défaut de qualité pour agir, une plainte dirigée contre la décision de l'Office d'ouvrir action en responsabilité de son propre chef, sans l'aval des créanciers. Elle a jugé que la violation de l'obligation que, par hypothèse, l'Office aurait eue de consulter les créanciers pour intenter action en responsabilité notamment contre le plaignant ne constituait pas un motif de nullité de cette mesure, dès lors qu'elle n'était pas instituée dans l'intérêt public ou dans l'intérêt de personnes qui n'étaient pas parties à la procédure, en particulier de personnes n'ayant pas produit de prétentions dans la faillite (art. 22 LP). Statuant sur recours contre cette décision, le Tribunal fédéral a confirmé l'irrecevabilité de la plainte, pour le motif qu'elle était tardive - et non pour défaut de qualité pour agir, celle-ci devant être reconnue au défendeur de l'action en responsabilité -. La Haute Cour a ainsi considéré que dit défendeur devait pouvoir se plaindre auprès de l'autorité de surveillance de ce que le procès en question aurait été engagé en violation du droit de l'exécution forcée et qu'il pouvait invoquer, le cas échéant,

l'existence de circonstances spéciales justifiant, selon l'art. 231 al. 3 ch. 1 2^{ème} phr. LP, la consultation des créanciers sur l'ouverture du procès en cause. Elle n'a, en revanche, pas retenu que la décision d'engager un procès, sans avoir consulté au préalable les intervenants, serait entachée de nullité (arrêt du Tribunal fédéral du 25 avril 2006 7B.19/2006 consid. 3.1).

- 4.a. En l'espèce, les procès dirigés par G_____ SA contre la faillie ont été suspendus en application de l'art. 207 LP et sa créance, produite à hauteur de 5'227'927 fr. 80, a été mentionnée pour mémoire à l'état de collocation déposé le 29 novembre 2006 conformément à l'art. 63 al. 1 OAOF. Il était, par ailleurs, précisé que la masse reprendrait la procédure pendante. La plaignante a eu connaissance de cette décision par le dépôt de l'état de collocation, étant rappelé que, sa créance ayant été écartée, elle a reçu avis un relatif (art. 249 al. 3 LP ; art. 68 OAOF). Par jugement du 14 janvier 2007, le Tribunal des baux et loyers a repris l'instruction des procédures et homologué les conclusions d'accord signées par G_____ SA et la masse en faillite, représentée par l'Office, à teneur desquelles il est donné acte à la masse en faillite de S_____ SA qu'elle reconnaît être débitrice de G_____ SA pour un montant d'arriérés de loyers de 3'450'521 fr. 90, au bénéfice de la garantie du droit de rétention du bailleur, en partie exercé par prises d'inventaire préalablement à la faillite, et au bénéfice de toute garantie du locataire déposée par la S_____ SA avant sa faillite (art. 219 al. 1 LP). L'état de collocation a été modifié en conséquence, la créance de G_____ SA y étant admise en gage mobilier pour 3'450'521 fr. 90 sur les n^{os} 1 à 264 et 277 de l'inventaire, et déposé à nouveau le 2 mai 2007 (cf. consid. A.d.).
- 4.b. La décision de l'Office de reprendre les procédures suspendues, annoncée lors du dépôt de l'état de collocation du 29 novembre 2006, n'a pas fait l'objet d'une plainte. Or, on doit admettre que la plaignante, dont la production a été écartée et qui a procédé pour que sa prétention soit admise au passif (cf. consid. A.e.), avait qualité, sous condition résolutoire, pour contester, par la voie de la plainte, un état de collocation pour violation des dispositions de procédure réglant la procédure et l'établissement de cet acte (Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire ad art. 250 n° 105). L'état de collocation, déposé à nouveau le 2 mai 2007, n'a pas non plus été attaqué par la voie de la plainte.
- 5.a. De la jurisprudence rappelée ci-dessus, il découle que la décision de l'Office de reprendre les procédures pendantes devant le Tribunal des baux et loyers, sans avoir consulté au préalable les créanciers, n'est ni annulable, faute d'avoir été contestée dans le délai de plainte, ni nulle. Partant, l'état de collocation déposé le 2 mai 2007 et non contesté, mentionnant la créance de G_____ SA à hauteur du montant retenu dans le jugement du Tribunal des baux et loyers du 14 février 2007, n'est pas entaché de nullité et il en est de même du décompte mobilier et décompte de réalisation et frais.

- 5.b. La plaignante soutient que le décompte mobilier et décompte de réalisation et frais, doit être annulé au motif qu'il aurait été établi de manière arbitraire et contraire au droit.

Dans sa plainte, elle fait valoir que l'Office a arrêté, sans explication aucune, que de juin 2003 à décembre 2004, le montant mensuel du loyer variable s'établit à 117'245 fr. 31, pour ensuite le porter à 106'803 fr. 43 jusqu'à octobre 2005. Elle relève également qu'il est arbitraire d'attribuer aux machines sur lesquelles elle bénéficie d'un droit de gage conventionnel un valeur de 483'458 fr., alors même que ces actifs avaient été estimés à 2'500'000 fr. Dans sa réplique du 17 septembre 2010, la plaignante soutient que l'Office ne devait admettre à l'état de collocation, en tant que créance bénéficiant du droit de rétention du bailleur, uniquement les loyers fixes dus à partir du 26 octobre 2004. Enfin, dans ses observations complémentaires du 15 octobre 2010, elle déclare que si elle ne conteste pas l'application du principe de la priorité dans le temps à des biens gagés à différents titres, il n'en reste pas moins que l'Office a basé son raisonnement sur la résultat du jugement du 14 février 2007, lequel n'est que la conséquence de la décision viciée de poursuivre les procès pendants, et, partant, que ni les conclusions d'accord, ni ledit jugement, ni *a fortiori*, le décompte querellé, n'appréhendent de manière correcte l'assiette qu'il conviendrait d'attribuer au droit de rétention du bailleur. S'agissant du prix attribué aux machines sur lesquelles elle bénéficie d'un droit de gage conventionnel, la plaignante déclare que le prix de vente de 1'750'000 fr. ne saurait être attribué de manière linéaire, dites machines constituant les éléments de valeur de la faillie et donc celles qui étaient convoitées par les acheteurs.

- 5.c. Tout d'abord, il sied de rappeler que le montant des créances de G_____ SA a été établi dans le cadre de conclusions d'accord, lesquelles ont été homologuées par le jugement du Tribunal de première instance du 14 février 2007. Or, la Commission de céans a déjà retenu que la décision de l'Office de poursuivre les procès pendants n'était ni annulable, ni entachée de nullité, partant que l'état de collocation établi sur la base dudit jugement, qui n'a au demeurant pas été contesté dans le délai de plainte, n'était pas nul (cf. consid. 5.a.).

Ensuite, on ne voit guère en quoi l'Office serait tombé dans l'arbitraire en réduisant de 3,998287 % (réduction correspondant à la différence entre la créance produite initialement et celle finalement admise) chaque loyer mensuel fixe et additionnel tel que retenu dans les conclusions d'accord que le Tribunal des baux et loyers a homologuées.

Enfin, l'Office a admis, comme étant au bénéfice du droit de rétention du bailleur, les loyers concernant la période d'octobre 2004 à février 2005 - période critiquée par G_____ SA, qui ne l'a toutefois pas contestée, compte tenu du produit de réalisation des actifs gagés, 483'458 fr. -, soit un montant de 596'489 fr. 53, étant relevé que l'application par l'Office du principe de la priorité dans le temps, tel

que défini l'art. 893 al. 2 CC - qui a pour résultat, en l'espèce, que le paiement des créances du bailleur ne laisse plus de disponible pour le règlement de celles du créancier au bénéfice d'un gage conventionnel - n'est ni critiquable, ni du reste critiquée par la plaignante.

- 5.d. La plaignante fait encore grief à l'Office d'avoir attribué aux machines, sur lesquelles elle bénéficie d'un droit de gage conventionnel, un prix déterminé au prorata des estimations portées à l'inventaire, en application par analogie de l'art. 118 ORFI. Elle soutient, en effet, que l'acheteur n'était intéressé que par l'acquisition de ces cinq machines auxquelles l'avancement dans la production conférait une valeur certaine.

En l'espèce, ces biens mobiliers ont été estimés par l'Office à 2'500'000 fr. Le 22 décembre 2005, l'ensemble des actifs de la faillie - à l'exclusion des immeubles - ont été vendus de gré à gré à une société dont l'objectif était de relancer l'activité de la faillie, pour un prix global de 1'750'000 fr. La convention de cession - qui prévoyait en particulier que la décision de l'Office de la conclure pouvait faire l'objet d'une plainte - n'a pas été contestée et aucune offre supérieure d'au moins 50'000 fr. à 1'750'000 fr. (cf. art. 10) n'a été formulée. Cet acte, qui vise notamment toutes les machines produites ou en cours de production, les pièces détachées et matière première ainsi que tous moyens de productions, machines et outils, n'attribue point une valeur particulière ou une valorisation spécifique aux cinq machines gagées en faveur de la plaignante.

L'affirmation de cette dernière, selon laquelle l'acquéreur n'aurait été intéressé que par ces cinq machines ne repose en conséquence sur aucun fondement.

Dès lors, en appliquant à cette vente en bloc l'art. 118 ORFI par analogie, l'Office n'a pas fait preuve d'arbitraire et son calcul n'est pas critiquable.

6. La Commission de céans rejettera en conséquence la plainte, dans la mesure de sa recevabilité.

* * * * *

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

1. Rejette, dans la mesure de sa recevabilité, la plainte formée le 5 juillet 2010 par D_____ BV contre le décompte mobilier et décompte de réalisation et frais établi dans le cadre de la faillite de S_____ SA.
2. Déboute D_____ BV de toutes autres conclusions.

Siégeant : Mme Ariane WEYENETH, présidente ; MM. Didier BROSSET et Olivier WEHRLI, juges assesseurs.

Au nom de la Commission de surveillance :

Véronique PISCETTA
Greffière :

Ariane WEYENETH
Présidente :

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