



POUVOIR JUDICIAIRE

DCSO/463/10

DÉCISION

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

DU JEUDI 28 OCTOBRE 2010

Cause A/2406/2010, plainte 17 LP formée le 9 juillet 2010 par M_____ SA, à Genève.

Décision communiquée à :

- M_____ SA

- F_____ SA

(faillite n° 2008 00xxxx A/OFA4)

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. En 1997, l'Etat de Genève a constitué, à son profit et en faveur F_____ SA, une servitude personnelle de superficie sur une partie de la parcelle 1xxx de la commune de G_____. Les copropriétaires-superficiaires ont convenu de soumettre ce droit de superficie au régime de la propriété par étages (art. 712a ss CC). Le droit de superficie était affecté à un musée par F_____ SA.
- A.b. La faillite de F_____ a été prononcée par le Tribunal de première instance du 23 septembre 2008 et la liquidation sommaire a été ordonnée le 2 juin 2009 après qu'un créancier ait procédé à une avance de frais.

L'état de collocation a été déposé le 23 décembre 2009. M_____ SA a été colloquée en tant que créancière gagiste et a produit différentes créances basées sur des cédulas hypothécaires, soit trois hypothèques en 1^{er} rang admises à chaque fois à concurrence de 1'100'000 fr. de capital, plus des intérêts échus du 1^{er} juillet 2005 au 30 juin 2008 (102'437 fr. 50) et des intérêts échus du 1^{er} juillet 2008 au 23 septembre 2008 (8'769 fr. 44) ; M_____ SA est encore colloquée quant à une quatrième cédula hypothécaire en 1^{er} rang de 2'100'000 fr. de capital, admise à concurrence de 1'105'481 fr. 53, les intérêts étant colloqués pour mémoire.

B_____ SA a été colloquée en tant que créancière gagiste de second rang pour 800'000 fr., tout comme X_____ SA pour 400'000 fr. et C_____ SA pour 800'000 fr. L'Office a prévu que le découvert immobilier serait colloqué en 3^{ème} classe.

- B.a Dans le cadre de la liquidation de cette faillite, l'Office des faillites (ci-après : l'Office) a procédé à la publication, dans la FAO du 12 avril 2010, la FOSC du 14 avril 2010 et l'AGEFI du 16 avril 2010, de la vente aux enchères publiques, fixée au 23 juin 2010, du droit de propriété par étages (PPE) sur un droit de superficie distinct et permanent (DDP) inscrit au Registre foncier sous n° 1xxx, commune de G_____.

M_____ SA a adressé à l'Office une offre écrite, par courrier du 19 juin 2010, d'acquérir ce bien immobilier, par compensation à concurrence de 5'035'000 fr.

L'enchère s'est déroulée normalement le 23 juin 2010 et M_____ SA a finalement acquis ce bien à son issue.

L'Office a établi le Bordereau provisoire de vente le 30 juin 2010 et a invité, par courrier recommandé du même jour, M_____ SA à s'acquitter de la somme de 512'459 fr. 24 en faveur de la masse d'ici au 30 juillet 2010. Selon le calcul de l'Office, la créance de M_____ SA a été acceptée à concurrence de 4'694'219 fr. 76 (créance admise de 4'739'102 fr. 35 déduction faite du compte courant n° xxxxx au crédit de 44'882 fr.59), et doit être déduite du montant de

l'adjudication (5'035'000 fr.) plus les frais à charge de l'adjudicataire (provision sur frais d'enregistrement AFC : 151'050 fr. ; provision sur frais de mutation : 17'622 fr. 50 ; provision sur frais futurs selon décompte : 387 fr. ; intérêts moratoires : 2'619 fr. 50).

- C. Par courrier recommandé du 9 juillet 2010, M_____ SA a déposé plainte auprès de la Commission de céans contre ce bordereau provisoire de vente. La plaignante reproche à l'Office de ne pas avoir tenu compte des intérêts de l'ensemble de ses créances garanties par gage en premier rang, calculés depuis le prononcé de la faillite jusqu'au 23 juin 2010, date de l'enchère. Elle considère qu'il est arbitraire de ne pas considérer les gages de façon individuelle et de ne pas gratifier les intérêts entre le prononcé de la faillite et la vente aux enchères. En effet, elle considère que les intérêts continuent à courir 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 (art. 209 al. 2 LP). Or, l'Office a écarté les intérêts calculés sur la base du capital des cédules hypothécaires entre la date du prononcé de la faillite contrairement à cet article et à la jurisprudence. Elle indique qu'elle va s'acquitter néanmoins de la somme non contestée, soit 446'135 fr. 25 sur les 512'459 fr. 24 réclamés, dans le délai imparti.

M_____ SA requiert que sa plainte bénéficie de l'effet suspensif à concurrence du montant contesté.

- D. La Commission de céans a rendu une ordonnance le 13 juillet 2010, donnant acte à M_____ SA de son engagement de payer d'ici au 30 juillet 2010 la somme de 446'512 fr. 25 et admet l'effet suspensif pour le surplus.
- E. L'Office a déposé son rapport le 17 août 2010 et conclut au rejet de la plainte. Il relève que les intérêts des créances garanties par gage continuent de courir jusqu'à la réalisation dans la mesure où le produit de réalisation dépasse le montant de la créance garantie par gage et des intérêts échus au moment de l'ouverture de la faillite. L'Office, dans son calcul, s'est référé à une jurisprudence de l'Autorité inférieure de la Côte du 21 septembre 2001, prévoyant que pour qu'une créance gagée porte intérêts, il fallait que tous les créanciers gagistes soient désintéressés, et non pas seulement ceux en premier rang.

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 ; art. 56R al. 3 LP).

Elle est donc recevable.

2. La plainte ne porte que sur la répartition des intérêts entre les créanciers gagistes respectivement de premier et de second rangs lorsque, comme en l'espèce, le produit de la réalisation de l'immeuble ne suffit pas à rembourser intégralement les dettes hypothécaires en capital et intérêts.

En l'occurrence, la vente considérée a permis de couvrir l'intégralité de la créance en capital de la plaignante, en tant que créancière gagiste en premier rang, et les intérêts courus jusqu'au prononcé de la faillite, mais une partie seulement de la créance en capital des créanciers gagistes en second rang et aucunement les intérêts courus sur cette créance. L'Office a reporté en 3^{ème} classe le solde de la créance en capital des créanciers gagistes en second rang. Elle estime que pour le remboursement des intérêts, il y a lieu de faire une distinction entre les intérêts courus jusqu'à la date de la faillite et ceux qui courent de cette date-ci jusqu'à celle de la réalisation, et de ne rembourser au créancier gagiste en premier rang que le capital et les intérêts courus jusqu'au prononcé de la faillite tant que le capital voire les intérêts courus jusqu'au prononcé de la faillite dus au créancier gagiste en second rang ne sont pas couverts par le produit de la réalisation.

- 3.a. Selon l'art. 209 LP, l'ouverture de la faillite arrête, à l'égard du failli, le cours des intérêts (al. 1), mais 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).

Cette réglementation déroge à l'art. 85 CO, aux termes duquel le débiteur ne peut imputer un paiement partiel sur le capital qu'en tant qu'il n'est pas en retard pour les intérêts et les frais. Elle vise à préserver quelque peu les chances des créanciers non garantis par gage de recevoir un dividende, d'une part en stoppant au jour de la faillite le cours des intérêts sur les créances non garanties par gage, et d'autre part en limitant l'exception à l'arrêt du cours des intérêts qui est prévue pour les créances garanties par gage, en ce sens que les intérêts courus depuis l'ouverture de la faillite qui ne seraient pas couverts par le produit de la réalisation du gage ne peuvent pas être colloqués du tout et n'entrent ainsi pas en concurrence avec les créances chirographaires Kurt Amonn / Fridolin Walther, Grundriss, 7^{ème} éd, Berne 2003, § 42 n° 31 ; Renate Schwob, in SchKG II, ad art. 209 n° 1 s. et 4 ss).

L'art. 209 al. 2 LP impose de distinguer, dans l'état de collocation, premièrement le capital, les frais et les intérêts échus au moment de l'ouverture de la faillite, qui, s'ils ne sont pas couverts par le produit de la réalisation du gage, doivent être colloqués en application de l'art. 219 al. 4 LP sur le produit de la réalisation des autres biens du failli, et secondement les intérêts bénéficiant de la garantie réelle qui ont couru de l'ouverture de la faillite jusqu'au jour de la réalisation, qui, s'ils ne sont pas couverts par le produit de la réalisation, ne sont pas colloqués sur le produit de la réalisation des autres droits patrimoniaux du failli, même si le capital, les frais et les intérêts échus au moment de l'ouverture de la faillite ont été

entièrement payés sur le produit de la réalisation du gage (Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 209 n° 21).

- 3.b. La plaignante ne conteste pas qu'une part d'intérêts postérieurs à la faillite non couverte par le produit de la réalisation du gage ne soit pas colloquée du tout. Elle cherche en revanche à faire en sorte que cette part se trouve réduite ou même supprimée en revendiquant, en sa qualité de créancière gagiste en premier rang, le paiement même des intérêts ayant selon elle continué à courir en sa faveur entre l'ouverture de la faillite et la réalisation, avant tout désintéressement du créancier gagiste en second rang, dont la créance en capital et intérêts échus au moment de l'ouverture de la faillite n'entreraient donc aucunement en concurrence avec l'intégralité de sa créance.

L'art. 209 al. 2 LP traite des créances garanties par gage sans faire de distinction entre des gages de premier ou de second rangs. Il les vise toutes globalement, qu'il y ait une ou plusieurs créances garanties par un seul ou plusieurs gages de même rang ou une ou plusieurs créances garanties par des gages de rangs différents. L'objectif est que le temps qui s'écoule entre l'ouverture de la faillite et la réalisation du gage ne se traduise pas, du fait d'intérêts s'amoncelant durant cette période, par un évincement accentué des créanciers non garantis par gage pour le cas où le produit de la réalisation du gage ne couvrirait pas ces intérêts. Or, tel risquerait d'être le cas, par effet de domino, si les intérêts postérieurs à la faillite courus sur les créances du créancier gagiste en premier rang devaient être payés sur le produit de la réalisation du gage avant que la créance en capital et ses intérêts antérieurs à la faillite du créancier en second rang ne commencent à être remboursés ; il s'ensuivrait en effet – dans le cas alors d'autant plus plausible où ledit produit ne suffirait pas à couvrir intégralement toutes les créances garanties par gage en capital et intérêts antérieurs à la faillite – que le découvert à ce titre devrait être colloqué selon l'art. 219 al. 4 LP, qu'il entrerait donc en concurrence avec les créanciers non garantis par gage et réduirait leurs perspectives de recevoir un dividende. Au surplus, les créanciers gagistes de rangs inférieurs seraient eux aussi plus vite désavantagés.

Il y a donc lieu de prendre en compte toutes les créances garanties par gage avant que le produit de la réalisation du gage ne puisse servir au remboursement des intérêts courus depuis l'ouverture de la faillite jusqu'à la réalisation du gage (décision de l'autorité inférieure de surveillance de l'arrondissement de la Côte du 12 septembre 2001 *in* B1SchK 2003 p. 41-47 ; DCSO/587/04 du 29 novembre 2004).

4. La plainte sera donc rejetée.

La procédure de plainte est gratuite (art. 20a al. 1 phr. 1 LP ; art. 61 al. 2 let. a OELP). Il ne peut être alloué aucuns dépens (art. 62 al. 2 OELP).

* * * * *

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

A la forme :

Déclare recevable la plainte formée le 9 juillet 2010 par M_____ SA contre le Bordereau provisoire de vente du 30 juin 2010 dans le cadre de la faillite n° 2008 00xxxxA/OFA1.

Au fond :

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

Siégeant : M. Philippe GUNTZ, président ; MM. Didier BROSSET et Philippe VEILLARD, juges assesseurs.

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