



POUVOIR JUDICIAIRE

A/2601/2018-CS

DCSO/667/18

DECISION

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre de surveillance
des Offices des poursuites et faillites

DU JEUDI 13 DECEMBRE 2018

Plainte 17 LP (A/2601/2018-CS) formée en date du 30 juillet 2018 par A_____ SA,
élisant domicile en l'étude de Me Raphaël TREUILLAUD, avocat.

* * * * *

Décision communiquée par courrier A à l'Office concerné
et par pli recommandé du greffier du _____
à :

- **A_____ SA**
c/o Me TREUILLAUD Raphaël
Cours de Rive 2
Case postale 3477
1211 Genève 3.
 - **Faillite de B_____ SA, EN LIQUIDATION**
c/o Office des faillites; n° 2015 1_____/groupe _____.
-

EN FAIT

- A.** La société B_____ SA, inscrite au Registre du commerce de Genève le _____ 1990, était une société active dans l'achat et la vente de biens, en particulier dans le domaine de la restauration et de la gastronomie. B_____ HOLDING SA était actionnaire de la société.

La faillite de B_____ SA a été prononcée le _____ 2015, suite à un dépôt de bilan (art. 192 LP). Selon les publications parues dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC), l'inventaire et l'état de collocation ont été déposés le 16 août 2016.

Selon le tableau de répartition des deniers du 10 avril 2017, le total du passif s'est élevé à 955'930 fr. 22 pour sept créanciers colloqués en 3^{ème} classe, dont A_____ SA et C_____ SA. La première a produit une créance de 213'975 fr. 48 dans la faillite et la seconde deux créances de 530'874 fr. 07 et 144'016 fr. 79.

Le découvert final s'est élevé à 774'389 fr. 17. A_____ SA et C_____ SA ont reçu des actes de défaut de biens après faillite attestant d'un découvert de 173'339 fr. 32 pour la première et de 546'722 fr. 10 pour la seconde.

La faillite de B_____ SA a été clôturée par jugement du 18 mai 2017 et la société a été radiée du Registre du commerce le 23 mai 2017.

- B** **a.** Le 7 septembre 2016, le conseil de A_____ SA a invité l'Office des faillites (ci-après : l'Office) à inventorier dans la faillite de B_____ SA des prétentions en responsabilité contre les organes de la faillie, à savoir contre les trois administrateurs, D_____, E_____ et F_____, et contre le réviseur, G_____ SA, et d'en offrir la cession aux créanciers de la faillie.

Ces prétentions ont été portées à l'inventaire à hauteur du découvert prévisible, soit 964'483 fr., sous les postes C5 à C8. Le 13 mars 2017, A_____ SA a obtenu la cession des droits de la masse en faillite s'y rapportant, conformément à l'art. 260 LP.

Par requête en conciliation déposée devant le Tribunal de première instance le 29 mars 2018, A_____ SA a assigné les anciens organes de B_____ SA en paiement de la somme de 964'483 fr.

b. Dans l'intervalle, par courrier du 9 décembre 2016, le conseil de A_____ SA a informé l'Office qu'il s'était "*rendu à _____ [adresse] pour consulter le dossier de la faillite de B_____ SA. S'y trouv[aient] 53 grands cartons dont le gardien [lui avait] remis l'inventaire*".

Or, les documents qu'il recherchait n'y figuraient pas, à savoir "*les bilans, PP et rapports d'audit des années 2010 à 2014, les procès-verbaux du Conseil d'administration et de l'Assemblée générale de 2010 à la faillite [et] le dossier de vente du restaurant survenue fin 2014 ou début 2015*". Selon le gardien des archives, ces dossiers devaient se trouver à l'Office, de sorte qu'il priait ce dernier de bien vouloir les lui mettre à disposition.

c.a Dans sa réponse du 22 décembre 2016, l'Office a précisé qu'il n'avait pas trouvé le dossier de vente du restaurant et qu'il interpellait D_____ à ce sujet. Pour le surplus, l'Office communiquait à A_____ SA les autres documents requis, à savoir le procès-verbal de l'assemblée générale ordinaire des actionnaires du 13 décembre 2012 et celui du Conseil d'administration du 30 septembre 2015, les bilans et comptes de pertes et profits pour les exercices 2012 à 2014, le bilan intermédiaire et compte de pertes et profits au 31 août 2015, ainsi que les rapports de l'organe de révision pour les exercices 2010 à 2014.

c.b Il ressort des annexes aux bilans pour les exercices 2013 et 2014 que B_____ SA avait obtenu deux lignes de crédit auprès de C_____ SA, en août 2011, toutes deux garanties par le cautionnement solidaire d'un actionnaire.

c.c Selon le rapport de l'organe de révision pour l'exercice 2013, B_____ SA présentait un état de surendettement; le Conseil d'administration avait renoncé à en *"informer le juge pour les raisons suivantes : il exist[ait] une postposition de créance de 101'288 fr.; l'emprunt bancaire [était] garanti par le cautionnement solidaire de l'actionnaire; l'actionnaire s'[était] engagé par convention à continuer à soutenir financièrement la société"*.

Le rapport de l'organe de révision pour l'exercice 2014 indique pour sa part que *"la créance postposée a été remboursée en violation de l'art. 3 de la convention"*.

d. Par courrier de son conseil du 29 mars 2018 adressé à l'Office, A_____ SA a relevé que *"l'examen des papiers d'affaires de la [faillie] laiss[ait] apparaître que C_____ SA disposait de garanties personnelles de tiers et d'un gage immobilier sur un bien de tiers en garantie de ses créances"*. A cet égard, elle invitait l'Office à interpellier la C_____ SA afin qu'elle indique le montant de la réalisation de ces gages à ce jour et la réduction qui en découlait de sa créance envers B_____ SA.

A_____ SA invitait également l'Office à porter à l'inventaire deux créances en dommages intérêts de la masse envers B_____ HOLDING SA : la première à hauteur de 101'288 fr., au titre *"du remboursement d'un prêt postposé"*, et la seconde à hauteur de 964'483 fr., au titre de l'engagement pris par l'actionnaire *"de continuer à soutenir financièrement la société pour empêcher son dépôt de bilan"*.

e. Dans sa réponse du 16 juillet 2018, reçue par A_____ SA le 18 juillet 2018, l'Office a relevé que la faillite de B_____ SA avait été clôturée le 18 mai 2017, laissant un découvert de 774'389 fr. 17. Vu que A_____ SA était seule cessionnaire des droits de la masse, l'Office ne voyait pas de quel intérêt celle-ci pourrait justifier pour connaître le montant résiduel de la créance de C_____ SA. Au surplus, les demandes visant à compléter l'inventaire étaient tardives, dès lors que ces prétentions résultaient des rapports de révision établis au 31 décembre 2012 [*recte* : 2013] et au 31 décembre 2013 [*recte* : 2014], de sorte que leur existence devait être connue des créanciers au moment de la liquidation de la faillite; l'art. 269 LP ne trouvait donc pas application.

- C. a. Par acte expédié le 30 juillet 2018 à la Chambre de surveillance, A_____ SA forme une plainte au sens de l'art. 17 LP contre ce courrier, concluant à ce qu'il soit ordonné à l'Office (i) d'inventorier les créances de B_____ SA en faillite envers B_____ HOLDING SA, à raison du remboursement d'une créance postposée et à raison de l'engagement de l'actionnaire de soutenir la société aux fins d'éviter sa faillite et (ii) d'enjoindre à C_____ SA d'indiquer le montant des gages réalisés en garantie de ses créances.

Elle expose que c'est seulement à l'occasion de la préparation de sa demande en paiement contre les organes de B_____ SA qu'elle avait pris connaissance des documents relatifs aux dernières années comptables de la faillie, en particulier ses états financiers et rapports de révision. De son côté, l'Office *"ne pouvait manquer d'en avoir connaissance, de sorte que l'abstention de l'Office des faillites d'inventorier une créance mentionnée expressis verbis dans les états financiers de la faillie relèverait d'une faute grave de l'Office entraînant la responsabilité de l'Etat"*. Par ailleurs, il importait de savoir si C_____ SA avait reçu son dividende dans la faillite *"en supplément de ce qu'elle a[vait] pu récupérer auprès des garants de ses créances, ce qui serait de nature à susciter une action en répétition de l'indu pour le surplus ainsi reçu"*.

b. dans son rapport explicatif du 21 août 2018, l'Office a conclu au rejet de la plainte, en soulignant que le conseil de B_____ SA avait consulté les archives comptables de la faillie en novembre 2016 et que les bilans et rapports de révision de la faillie lui avaient été remis le 22 décembre 2016.

L'Office a annexé à son rapport la production de créances de C_____ SA du 30 mai 2016, dont il ressort que lesdites créances font l'objet de différentes garanties, dont une cédule hypothécaire de 700'000 fr. grevant une parcelle copropriété de D_____, E_____ et F_____, un cautionnement solidaire de E_____ à hauteur de 750'000 fr., ainsi que la cession globale par B_____ SA de ses créances actuelles et futures, selon convention de cession du 1^{er} août 2011.

c. Le 22 août 2018, la Chambre de surveillance a transmis le rapport de l'Office à A_____ SA et précisé que l'instruction de la cause était close. La plaignante n'a pas réagi à ce courrier.

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; 125 et 126 al. 2 let. c LOJ; 6 al. 1 et 3 et 7 al. 1 LaLP) contre des mesures prises par l'Office qui ne peuvent être attaquées par la voie judiciaire (art. 17 al. 1 LP).

La plainte doit être déposée, sous forme écrite et motivée (art. 9 al. 1 et 2 LaLP; 65 al. 1 et 2 LPA, applicable par renvoi de l'art. 9 al. 4 LaLP), dans les 10 jours de celui où le plaignant a eu connaissance de la mesure (art. 17 al. 2 LP).

La qualité pour porter plainte selon l'art. 17 LP – condition de recevabilité devant être examinée d'office (GILLIERON, Commentaire LP, n. 140 ad art. 17 LP) – est

reconnue à toute personne lésée ou exposée à l'être dans ses intérêts juridiquement protégés, ou à tout le moins atteinte dans ses intérêts de fait, par une mesure ou une omission d'un organe de la poursuite (ATF 138 III 219 consid. 2.3; 129 III 595 consid. 3, JT 2004 II 96; 120 III 42 consid. 3). C'est en principe toujours le cas du débiteur poursuivi et du créancier poursuivant (ERARD, CR LP, 2005, n. 25 et 26 ad art. 17 LP; DIETH/WOHL, KUKO SchKG, 2^{ème} éd., 2014, n. 11 et 12 ad art. 17 LP).

1.2 En l'espèce, la plainte est recevable en tant qu'elle a été formée dans le délai légal de 10 jours, qu'elle respecte les réquisits de forme posés par la loi et qu'elle émane d'une créancière de la faillie.

- 2.** **2.1.1** Le juge de la faillite prononce la clôture de la faillite sur la base du rapport final de l'administration de la faillite. La clôture de la faillite n'est prononcée que dans la mesure où le juge constate que l'ensemble des opérations de liquidation sont terminées (art. 268 al. 2 LP). Une exception prévaut pour les prétentions de la masse qui ont été cédées en vertu de l'art. 260 al. 1 LP (cf. art. 83 al. 2 et 95 OAOF).

Le juge de la faillite a l'obligation d'informer les offices des poursuites et des faillites, le registre du commerce ainsi que le registre foncier de la clôture de la faillite (art. 176 al. 1 LP) et il incombe à l'office des faillites de publier cette clôture (art. 268 al. 4 LP).

2.1.2 La compétence de l'office des faillites ou de l'administration de la faillite pour accomplir des actes administratifs s'éteint presque complètement avec la clôture de la faillite; elle ne subsiste que dans les limites prévues par l'art. 269 LP. L'alinéa 1 de cette disposition prévoit que lorsque, la faillite clôturée, l'on découvre des biens qui ont échappé à la liquidation, l'office en prend possession, les réalise et en distribue le produit sans autre formalité entre les créanciers perdants, suivant leur rang.

L'art. 269 LP ne s'applique pas aux biens dont l'existence était déjà connue de l'administration de la faillite ou des créanciers durant la procédure de faillite clôturée (ATF 116 III 96 consid. 2a et les arrêts cités). En d'autres termes, il est exclu d'appliquer cet article à un actif dont l'absence de mention à l'inventaire doit être considérée comme résultant d'une renonciation délibérée de la part de l'administration de la faillite ou des créanciers; seuls des biens dont l'existence n'était pas connue des organes de la masse et/ou des créanciers peuvent être appréhendés postérieurement à la clôture de la faillite (JEANDIN, in CR LP, 2005, n. 8 et 9 ad art. 269 LP et les références citées).

Cette procédure s'inscrit comme une exception au principe selon lequel la clôture de la faillite est définitive et doit en conséquence s'appliquer restrictivement; il en va de l'économie de procédure et de la sécurité juridique. Celui qui "découvre" l'existence d'un actif non mentionné à l'inventaire doit agir avec diligence et faire en sorte que cet actif soit réalisé dans le cadre de la procédure de faillite en cours,

ce qui est possible tant que celle-ci n'est pas formellement clôturée (JEANDIN, op. cit., n. 7 ad art. 269 LP). Une fois la procédure terminée, il n'est donc pas possible de céder des biens ou des droits douteux dont on avait connaissance auparavant (ATF 120 III 36 consid. 3, JdT 1996 II 141). Une plainte contre les décisions prises dans le cours de la procédure n'est plus recevable (JEANDIN, op. cit., 2005, 14 ss ad art. 268).

2.2.1 A teneur de la plainte, qui a pour objet la décision de l'Office refusant de compléter l'inventaire, la plaignante reproche – implicitement – à l'Office de ne pas avoir mis en œuvre l'art. 269 LP.

Comme relevé ci-dessus, cette disposition exige l'existence d'un actif découvert postérieurement à la clôture de la faillite. Ainsi, ne tombe pas sous le coup de l'art. 269 LP un droit patrimonial dont les organes de la masse savaient ou pouvaient et devaient savoir que le failli en était titulaire ou qu'ils ont renoncé – peu importe pour quel motif – à comprendre dans la liquidation. Le fait que des créanciers aient connu l'existence d'un bien avant la clôture de la faillite exclut également l'application de l'art. 269 LP à ce bien (cf. DCSO/297/2010 du 8 juillet 2010 consid. 3a).

En l'espèce et contrairement à ce qu'elle soutient, la plaignante ne pouvait ignorer l'existence de l'engagement pris par l'actionnaire de B_____ SA de "*soutenir financièrement*" cette dernière, ainsi que du paiement d'une créance postposée au cours de l'exercice 2014. Ces deux actifs supposés sont en effet mentionnés dans les rapports de l'organe de révision pour les exercices 2013 et 2014. Or, le conseil de la plaignante admet lui-même avoir consulté les archives de la faillie en novembre 2016, tandis que l'Office lui a communiqué – en décembre 2016 et à sa demande – les documents comptables relatifs à la société pour les exercices 2012 à 2014, ainsi que les rapports de révision pour les exercices 2010 à 2014. La plaignante, qui n'a pas réagi à réception du rapport de l'Office du 21 août 2018, ne conteste d'ailleurs pas avoir reçu ces documents. Au demeurant, en sa qualité de créancière, elle pouvait accéder librement au dossier de la faillite et, en particulier, à la comptabilité de la faillie pour les exercices précédant son dépôt de bilan.

Force est donc de retenir que les prétentions en cause étaient déjà connues de la plaignante au cours de la faillite. En s'abstenant de solliciter le complément de l'inventaire avant que la faillite ne soit clôturée le 18 mai 2017, elle est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir (cf. arrêt du Tribunal fédéral 7B_158/2005 du 11 novembre 2005 consid. 4). A cela s'ajoute que la plaignante n'a pas contesté l'inventaire lors de son dépôt en août 2016, ni le courrier de l'Office du 13 mars 2017 lui cédant les droits de la masse, ni le tableau de distribution des deniers du 10 avril 2017. Ces décisions sont devenues définitives faute d'avoir fait l'objet d'une plainte en temps utile et l'éventuelle erreur qui les affectait n'était pas de nature à les frapper de nullité absolue au sens de l'art. 22 LP (cf. arrêt du Tribunal fédéral 5A_525/2010 du 31 août 2010 consid. 3). La plaignante ne saurait donc revenir sur lesdites décisions par le biais de la présente plainte.

Il résulte de ce qui précède que les actifs litigieux n'étaient pas nouveaux ni découverts après la clôture de la faillite.

2.2.2 Le même raisonnement s'applique en tant que la plaignante reproche à l'Office d'avoir refusé d'interpeller C_____ SA sur les montants que celle-ci est susceptible d'avoir perçus des tiers garants de ses créances.

En effet, la production de la banque du 30 mai 2016 et les annexes au bilan pour les exercices 2013 et 2014 mentionnent clairement que les prêts bancaires consentis à la faillie faisaient l'objet de garanties de tiers. La plaignante ne pouvait donc l'ignorer avant la clôture de la faillite, étant relevé qu'elle a renoncé à contester la quotité des créances colloquées en faveur de C_____ par la voie du procès en contestation de l'état de collocation (art. 250 al. 2 LP).

Là aussi, la plaignante est réputée avoir renoncé à ses éventuelles prétentions y relatives.

2.2.3 En conséquence, la plainte sera rejetée dans la mesure de sa recevabilité.

3. La procédure de plainte est gratuite (art. 20a al. 2 ch. 5 LP et art. 61 al. 2 let. a OELP) et il n'est alloué aucun dépens (62 al. 2 OELP).

* * * * *

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

Rejette, dans la mesure de sa recevabilité, la plainte formée le 30 juillet 2018 par A_____ SA contre la décision de l'Office des faillites du 16 juillet 2018, refusant de compléter l'inventaire dans la faillite de B_____ SA, respectivement d'interpeller C_____ SA sur le montant des gages réalisés en garantie de ses créances.

Siégeant :

Madame Nathalie RAPP, présidente; Messieurs Georges ZUFFEREY et Claude MARCET, juges assesseurs; Madame Véronique PISCETTA, greffière.

La présidente :

Nathalie RAPP

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.