

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2644/2015-CS

DCSO/386/15

DECISION

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre de surveillance
des Offices des poursuites et faillites

DU JEUDI 17 DECEMBRE 2015

Plainte 17 LP (A/2644/2015-CS) formée en date du 3 août 2015 par la **BANQUE X_____**, élisant domicile en l'étude de Me Serge FASEL, avocat.

* * * * *

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

- **BANQUE X_____**
c/o Me Serge FASEL, avocat
47, rue du 31-Décembre
Case postale 6120
1211 Genève 6.

 - **MASSE EN FAILLITE DE W_____ SA**
c/o Office des faillites
Faillite n° 2009 xxxxx2.
-

EN FAIT

- A. a.** W_____ SA (ci-après "W_____") et B_____ SA (ci-après "B_____") ont conclu un contrat de développement et de production de produits horlogers le 24 octobre 2005.
- b.** La BANQUE X_____ était la principale bailleresse de fonds de B_____. Une première convention, datée du 2 octobre 2006, prévoit une cession générale des créances actuelles et futures de B_____ en faveur de la banque. Deux autres cessions ont été signées, le 5 février 2008 et le 6 février 2009, portant le crédit accordé en compte courant à 6'500'000 fr.
- c.** W_____ est tombée en faillite le xx novembre 2009 et B_____ le xx janvier 2010.
- d.** Le 16 avril 2010, la masse en faillite de B_____ a produit dans la faillite de W_____ une créance d'un montant total de 1'720'950 fr., correspondant selon elle à la somme de dix-neuf factures dont W_____ restait redevable envers B_____ au moment de la faillite de W_____.
- e.** Par avis du 23 juin 2010, l'Office des faillites (ci-après: "l'Office") a écarté la créance, au motif qu'elle correspondait à de la marchandise non livrée.
- f.** Par jugement du 3 octobre 2011, le Tribunal de première instance a débouté la masse en faillite de B_____ des fins de son action en contestation de l'état de collocation, considérant notamment que celle-ci ne pouvait se prévaloir d'une créance en paiement de marchandises que B_____ n'avait pas livrées et que cette créance avait en toute hypothèse été cédée.
- g.** Les 21 et 23 septembre 2011, B_____ et la BANQUE X_____ ont conclu une "convention de rétrocession de créance", par laquelle la banque rétrocédait, au sens de l'art. 164 CO, à B_____, aux fins de recouvrement les créances produites par B_____ dans la faillite de W_____.
- h.** Par arrêt du 31 août 2012, la Cour de justice a confirmé le jugement précité par substitution de motifs. Elle a considéré que la production par la masse en faillite de B_____, dans la faillite de W_____, d'une créance cédée était admissible, pour autant que l'identité réelle du créancier, soit la BANQUE X_____, soit indiquée. La masse en faillite de B_____ n'était en revanche pas légitimée à agir en justice en son nom pour contester la collocation d'une créance dont elle n'était plus titulaire, ni au moment de l'action, ni lors de la clôture de l'instruction.

La Cour de justice a relevé qu'en cas de faits nouveaux postérieurs à la décision de collocation, notamment en cas de rétrocession à la masse en faillite de B_____

de la créance cédée, il incombait à ladite masse en faillite de procéder à une nouvelle production (tardive) dans la faillite de W_____.

i. Par courrier du 25 septembre 2012, la masse en faillite de B_____ a déclaré produire dans la faillite de W_____ dix-neuf créances pour un montant total de 1'563'204 fr. 85. Ces créances correspondaient aux montants des dix-neuf factures précédemment produites dans la faillite de W_____, sous déduction d'un acompte versé par W_____ et des dépens alloués à la masse en faillite de W_____ dans le procès en contestation de l'état de collocation.

Était jointe à sa production copie de la convention de rétrocession en sa faveur des créances produites dans la faillite de W_____.

La BANQUE X_____ a contresigné cette production "pour accord".

j. Par courrier du 6 mars 2013, l'Office s'est déterminé sur les créances produites en indiquant que *"suite à une étude approfondie du dossier, il ressort que la production de créance tardive de CHF 1'563'204.85 est injustifiée et est écartée en totalité de l'état de collocation car elle correspond aux commandes non livrées et annulées par courrier du 21 janvier 2009 de W_____ SA à B_____ SA"*.

k. La plainte dirigée contre cette décision par la masse en faillite de B_____ a été rejetée le 30 mai 2013.

l. Par jugement du 20 mai 2015, le Tribunal de première instance a déclaré irrecevable, car tardive, l'action en contestation de l'état de collocation formée par la masse en faillite de B_____. Il a par ailleurs relevé que par la rétrocession de créances conclue en septembre 2011, les parties avaient seulement voulu confirmer le mandat d'encaissement, avec pouvoir d'encaissement de la masse en faillite de B_____. Cette dernière était ainsi simple mandataire, mais n'était pas devenue titulaire des créances litigieuses et ne disposait donc pas de la légitimation active.

B. a. Par courrier du 17 juin 2015, la BANQUE X_____ a déclaré produire dans la faillite de W_____ dix-neuf créances pour un montant total de 1'721'233 fr. 94. Elle a indiqué être titulaire de ces créances en vertu des conventions de cession de créances des 6 février 2009, 5 août 2008 et 2 octobre 2006 conclues avec B_____. Bien que tardive, cette production devait être admise, dans la mesure où elle se fondait sur le fait nouveau que constituait le jugement du Tribunal de première instance du 20 mai 2015, dont il ressortait qu'elle était titulaire des créances précitées, et non pas la masse en faillite de B_____.

b. Par courrier du 26 juin 2015 à l'Office, la BANQUE X_____ a exposé que les créances produites le 17 juin 2015 résultaient des mêmes factures que celles qui avaient fait l'objet des productions de la masse en faillite de B_____ les 16 avril

2010 et 25 septembre 2012. Bien que lesdites créances lui aient été cédées par B_____, ladite cession n'avait pas été notifiée à W_____. En conséquence, la BANQUE X_____ et la masse en faillite de B_____ avaient considéré qu'il appartenait à cette dernière de les faire valoir dans la faillite de W_____. La convention de rétrocession avait donc été conclue en vue de formaliser leur position commune. Cette position commune n'avait d'ailleurs pas été contestée par l'Office dans sa décision du 6 mars 2013. Ce n'était que dans le cadre de sa réponse à l'action en contestation de l'état de collocation de ladite décision que l'Office avait invoqué le défaut de légitimation active de la masse en faillite de B_____.

c. Par décision du 20 juillet 2015, notifiée le 22 du même mois, l'Office a refusé d'entrer en matière sur cette production, au motif que la BANQUE X_____ avait déjà produit les mêmes créances, dont elle était seule titulaire, à deux reprises, par l'intermédiaire de la masse en faillite de B_____ qui agissait en tant que représentante et que ces productions avaient été définitivement rejetées. Indépendamment de cela, la banque commettait un abus de droit en attendant plus de 5 ans avant de produire ses prétendues créances.

C. a. Par acte expédié à la Chambre de surveillance de l'Office des poursuites et des faillites le 3 août 2015, la BANQUE X_____ forme plainte contre la décision de l'Office refusant d'entrer en matière sur sa production tardive dans la faillite de W_____. Elle conclut principalement à l'annulation de cette décision, à ce que sa production tardive de créances dans la faillite de W_____ soit déclarée recevable, et à ce que l'Office statue sur l'admission ou le rejet desdites créances à l'état de collocation de la faillite précitée.

b. Par ordonnance du 6 août 2015, la Chambre de surveillance a accordé à la plainte de la BANQUE X_____ l'effet suspensif requis.

c. L'Office conclut au rejet de la plainte et à ce qu'il soit ordonné à la BANQUE X_____ de produire les conventions de cession générale de créances des 2 octobre 2006 et 5 février 2008 dans une version non caviardée, le jugement de faillite de B_____ du 25 janvier 2010 ainsi que l'état de collocation daté et non caviardé dans la faillite de B_____ SA.

Dans leurs réplique et duplique, les parties ont persisté dans leurs conclusions respectives.

Leurs arguments seront examinés ci-après dans la mesure utile à la solution du litige.

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 attaques par la voie judiciaire (art. 17 al. 1 LP).

La question de savoir si une production tardive contre le failli du créancier doit encore être reçue et traitée doit être tranchée dans la procédure de plainte du droit des poursuites, dès lors qu'il ne s'agit pas d'admettre ou de nier l'existence ou le rang de la créance produite tardivement et que, par conséquent, il ne s'agit pas du contenu matériel de l'état de collocation (ATF 108 III 81 consid. 4, JdT 1984 II 71; cf. également GILLIERON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, 2001, n. 13 ad art. 251 LP).

Dès lors que l'Office a refusé d'entrer en matière sur la production tardive de la plaignante contre la société en faillite, la voie de la plainte est ouverte.

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

Déposée le 3 août 2015 contre une décision notifiée le 22 juillet 2015, la plainte a été formée en temps utile (art. 142 al. 1 et 3 CPC, applicable par renvoi de l'art. 31 LP). Respectant pour le surplus les exigences de forme prescrites par la loi (art. 9 al. 1 LaLP), elle est recevable.

2. L'Office demande qu'il soit ordonné à la plaignante de fournir diverses pièces.

Dès lors que les pièces requises ne sont pas pertinentes pour l'issue du litige, il n'y a pas lieu d'ordonner leur production.

3. **3.1.1** Aux termes de l'art. 251 al. 1 LP, les productions en retard sont admises jusqu'à la clôture de la faillite.

Cependant, la force de chose jugée de l'état de collocation ne peut ce faisant être remise en question. Pour des motifs de sécurité du droit et eu égard à une procédure ordonnée, la jurisprudence n'a par conséquent autorisé une production tardive que s'il s'agissait d'une créance que l'on faisait valoir pour la première fois. Cette condition n'est remplie que si la prétention tardive repose sur d'autres circonstances en fait et en droit que les productions antérieures du même créancier, ou si le créancier, qui revendique pour sa première créance un montant supérieur ou un meilleur rang, peut se référer à des faits nouveaux qu'il ne pouvait pas encore faire valoir dans sa première production (ATF 108 III 81 consid. 5, JdT 1984 II 71).

Le créancier qui produit tardivement n'a pas à justifier son retard, mais il ne saurait user de la possibilité de produire tardivement pour tenter de remettre en question un refus de colloquer d'ores et déjà entré en force. Il n'est d'ailleurs admis à produire tardivement qu'une prétention réellement nouvelle (arrêt du Tribunal fédéral 7B.94/2003 du 24 juin 2003 consid. 3.1).

3.1.2 La décision relative à une créance produite tardivement suit les règles applicables aux productions annoncées à temps (JACQUES, Commentaire romand, Poursuite et faillite, 2005, n. 15 ad art. 251 LP).

Selon l'art. 244 LP, l'administration examine chaque production et fait les vérifications nécessaires; elle consulte le failli. Bien que l'administration ait l'obligation de vérifier précisément chaque créance produite, l'examen doit rester sommaire, comme cela découle déjà du court délai qui lui est imparti pour dresser l'état de collocation. L'administration de la faillite ne vérifie pas l'existence de la production, mais elle admet au passif la prétention dont l'existence lui paraît vraisemblable (arrêts 5A_329/2012 du 5 septembre 2012 consid. 4.4.1).

S'il incombe à l'administration de la faillite de procéder aux vérifications nécessaires, il appartient fondamentalement à celui qui produit dans la faillite d'apporter les preuves, ou à tout le moins les indices, idoines à établir le droit qu'il fait valoir (JACQUES, op. cit., 2005, n. 18 ad art. 244 LP).

3.2 En vertu de l'art. 32 CO, les droits et les obligations dérivant d'un contrat fait au nom d'une autre personne par un représentant autorisé passent au représenté (al. 1); lorsqu'au moment de la conclusion du contrat le représentant ne s'est pas fait connaître comme tel, le représenté ne devient directement créancier ou débiteur que si celui avec lequel il contracte devait inférer des circonstances qu'il existait un rapport de représentation, ou s'il lui était indifférent de traiter avec l'un ou l'autre (al. 2).

Le champ d'application de la représentation directe n'est pas limité au contrat, mais s'étend au domaine plus vaste de l'acte juridique. Il résulte de l'art. 32 al. 2 CO que la première condition de la représentation est réalisée dans trois hypothèses : 1° le représentant s'est fait connaître comme tel; 2° le représentant ne se fait pas connaître comme tel, mais le tiers doit inférer l'existence d'un rapport de représentation des circonstances; 3° il est indifférent au tiers de traiter avec le représentant ou le représenté. La manifestation de la volonté d'agir au nom d'autrui peut intervenir de manière expresse ou par actes concluants, soit lorsque le tiers doit déduire l'existence d'un rapport de représentation des circonstances (CHAPPUIS, Commentaire romand, Code des obligations I, 2^{ème} éd. 2012, n. 6, 11-12 ad art. 32 CO).

Lorsque le prétendu représentant ne s'est pas expressément fait connaître comme tel, il convient alors d'examiner s'il a pu agir de manière tacite au nom d'un

représenté (cf. art. 32 al. 2 CO). Le tiers doit savoir ou être à même de savoir que le représentant agit non pas pour lui-même mais pour le représenté. Ce qui est décisif ce n'est pas la volonté interne effective du représentant d'agir pour une autre personne. Il suffit que le tiers puisse inférer du comportement du représentant, interprété selon le principe de la confiance, qu'il existe un rapport de représentation (arrêt du Tribunal fédéral 4A_317/2010 du 5 octobre 2010 consid. 3.2.2).

3.3 En l'espèce, la plaignante reproche à l'Office d'avoir refusé d'entrer en matière sur sa production tardive de créances, au motif que lesdites créances auraient déjà été produites dans la faillite de W_____ et auraient déjà fait l'objet d'une décision entrée en force au sujet de leur admission à l'état de collocation. La plaignante fait valoir que les productions de créances des 16 avril 2010 et 25 septembre 2012 auraient été effectuées par la masse en faillite de B_____, en son propre nom exclusivement et non en qualité de représentante. Le jugement du Tribunal de première instance du 20 mai 2015 dont il ressort que la plaignante était seule titulaire des créances litigieuses malgré l'acte de rétrocession constituait un fait nouveau justifiant que la production tardive du 17 juin 2015 soit prise en considération.

La Chambre de céans constate cependant que malgré l'acte de "rétrocession de créances", la plaignante a contresigné "pour accord" la production de créances faite le 25 septembre 2012 par la masse en faillite de B_____ dans la faillite de W_____. Or, si l'acte de rétrocession avait visé à transférer la titularité des créances litigieuses à la masse en faillite précitée, l'on ne voit pas pourquoi la plaignante aurait jugé nécessaire de valider leur production dans la faillite de W_____.

Ainsi, quand bien même il est indiqué que la production en cause a été effectuée pour le compte de la masse en faillite de B_____, l'Office pouvait inférer de ces circonstances que ladite masse en faillite agissait en réalité en tant que représentante de la plaignante, de sorte que ses actes engageaient directement cette dernière. Cela est d'autant plus vrai que la production litigieuse est intervenue peu après que l'arrêt de la Cour de justice du 31 août 2012 a précisé, dans ses considérants, que la production par la masse en faillite de B_____, dans la faillite de W_____, d'une créance cédée était admissible, pour autant que l'identité réelle du créancier, soit la plaignante, soit indiquée.

Dans cette mesure, c'est à bon droit que l'Office a considéré que sa décision du 6 mars 2013 (non contestée dans les délais légaux et donc entrée en force de chose jugée) refusant d'admettre lesdites créances à l'état de collocation de la faillie était opposable à la plaignante.

Dans son courrier du 26 juin 2015 à l'Office, la plaignante a indiqué que les créances qu'elle entendait produire dans la faillite de W_____ étaient les mêmes que celles qui ont fait l'objet de la production du 25 septembre 2012. Or, conformément aux principes rappelés ci-dessus, une production tardive n'est autorisée que pour des créances que l'on fait valoir pour la première fois.

Par conséquent, dans la mesure où les créances litigieuses de la plaignante ont d'ores et déjà fait l'objet d'une décision entrée en force qui lui est pleinement opposable, la plaignante ne peut pas être admise à produire une seconde fois les mêmes créances.

Compte tenu de ce qui précède, c'est à juste titre que l'Office a considéré que la plaignante était déchue de son droit de produire les créances en cause.

Ce qui précède scelle le sort de la plainte, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'examiner les griefs que la plaignante formule à l'égard de l'argumentation subsidiaire de la décision de l'Office.

Mal fondée, la plainte doit ainsi être rejetée.

4. La procédure de plainte est gratuite (art. 20 al. 2 ch. 5 LP; art. 61 al. 2 let. a OELP) et il ne peut être alloué aucun dépens (art. 62 al. 2 OELP).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
La Chambre de surveillance :

A la forme :

Déclare recevable la plainte formée le 3 août 2015 par la BANQUE X_____ contre la décision de l'Office des faillites du 20 juillet 2015.

Au fond :

La rejette.

Siégeant :

Madame Florence KRAUSKOPF, présidente; Madame Natalie OPPATJA et Monsieur Christian CHAVAZ, juges assesseurs; Madame Angela FERRECCHIA PICCOLI, greffière.

La présidente :

Florence KRAUSKOPF

La greffière :

Angela FERRECCHIA PICCOLI

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.