



POUVOIR JUDICIAIRE

A/316/2018-CS

DCSO/303/18

DECISION

DE LA COUR DE JUSTICE

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

DU JEUDI 24 MAI 2018

Plainte 17 LP (A/316/2018-CS) formée en date du 26 janvier 2018 par A_____, élisant domicile en l'étude de Me Yves KLEIN, avocat.

* * * * *

Décision communiquée par courrier A à l'Office concerné
et par plis recommandés du greffier du **25 mai 2018**

à :

- **A_____**
c/o Me KLEIN Yves
Monfrini Bitton Klein
Place du Molard 3
1204 Genève.

 - **Masse en faillite de B_____ SA**
c/o Office des Faillites
Faillite n° 1_____.
-

EN FAIT

A. a. B_____ SA est une société inscrite au Registre du commerce de Genève depuis le 5 août 2009, dont le but est le commerce international de produits agricoles tels que grains, oléagineux, huiles végétales, ainsi que tous produits finis ou semi-finis tels que huiles, graisses, margarine et mayonnaise.

C_____ en a été administrateur d'août 2009 à octobre 2013, date à laquelle D_____ lui succédé à cette fonction jusqu'au 1^{er} septembre 2015. Depuis lors, aucun nouvel administrateur n'a été désigné à la société.

E_____ SA en est l'organe de révision depuis le mois d'avril 2015.

b. Suite à un avis de surendettement déposé par E_____ SA, le Tribunal de première instance a prononcé la faillite de B_____ SA par jugement du 14 octobre 2015.

L'Office des faillites de Genève (ci-après: l'Office) est chargé de liquider cette faillite, qui a été suspendue faute d'actif le 15 juin 2016.

L'avance de frais requise par l'Office ayant été versée en temps utile, la liquidation sommaire de la faillite a été prononcée le 11 août 2016.

Le 4 octobre 2016, B_____ SA, EN LIQUIDATION (ci-après : B_____ SA), a été radiée d'office du Registre du commerce – en application de l'art. 159 al. 5 let. a ORC –, aucune opposition n'ayant été formée suite à la publication de la suspension de la faillite pour défaut d'actif.

La société a été réinscrite le 23 décembre 2016.

c. L'inventaire dans la faillite de B_____ SA a été établi le 14 octobre 2015. Dans sa teneur au 11 novembre 2016, il fait état d'une prétention litigieuse non chiffrée à l'encontre de A_____ (sous n° C4), en sa qualité d'administrateur de fait de la faillie, au motif qu'il aurait bénéficié de prestations indues; il est renvoyé à cet égard à "*la plainte pénale du 13 septembre 2016*". Deux prétentions litigieuses non chiffrées ont également été inventoriées, pour les mêmes motifs, à l'encontre de F_____ (sous n° C2) et de G_____ (sous n° C3), respectivement sœur et père de A_____.

d. L'état de collocation a été déposé le 1^{er} novembre 2016, puis redéposé à nouveau les 15 et 29 novembre 2016.

Selon le 2^{ème} état de collocation, les deux créanciers principaux de la faillie, colloqués en 3^{ème} classe, sont la société ukrainienne H_____ "H_____" (ci-après : PJSC H_____), pour une créance de 56'212'919 fr. 36 (production n° 6), et le I_____, pour une créance de 60'474'256 fr. (production n° 12). Les autres créanciers sont colloqués pour un total de 1'858'594 fr. 58.

Il ressort du 3^{ème} état de collocation que la créance en 60'474'256 fr. du I_____ a été cédée à la société chypriote J_____ LTD (ci-après : J_____), de sorte que seule cette société apparaît comme créancière à l'état de collocation pour la production correspondante (n° 12).

- B. a.** Le 13 septembre 2016, PJSC H_____, représentée par Me K_____, et la masse en faillite de B_____ SA, comparant par l'Office, ont déposé une dénonciation pénale à l'encontre de G_____, A_____ et F_____, pour escroquerie (art. 146 CP), gestion déloyale (art. 158 CP) et gestion fautive (art. 165 CP), en se constituant parties plaignantes (art. 118 al. 1 CPP) et demandeurs au civil (art. 119 al. 2 CPP).

En substance, il est reproché aux consorts A_____, F_____ et G_____ d'avoir utilisé B_____ SA pour "siphonner" les fonds de plusieurs sociétés ukrainiennes – dont PJSC H_____ – regroupées au sein de la société L_____ (L_____), B_____ LTD (ci-après : B_____ GROUP), basée à Chypre et créée par G_____ en 2007. Selon les plaignantes, les fonds détournés avaient été obtenus par des crédits bancaires octroyés sur la base d'informations falsifiées.

b. Une instruction pénale a été ouverte par le Ministère public le 13 septembre 2016, sous le numéro de cause P/2_____/2016.

c. Le 23 juin 2017, J_____, représentée par Me K_____, s'est constituée partie plaignante dans le cadre de cette procédure pénale.

Elle a précisé être cessionnaire, au civil et au pénal, des droits du I_____ – lequel comprend plusieurs banques internationales ayant prêté des fonds aux sociétés du B_____ GROUP – en tant qu'ancien créancier de B_____ SA. A cet égard, elle a produit une copie du *Transfer deed* conclu le 1^{er} septembre 2016 entre les banques concernées et J_____.

d. Dans ses déterminations du 22 janvier 2018 dans la cause P/2_____/2016, A_____ a contesté la qualité de parties plaignantes (i) de PJSC H_____, au motif que cette société fait l'objet d'une procédure de faillite en Ukraine, (ii) de la masse en faillite de B_____ SA, au motif que celle-ci est uniquement habilitée à agir au civil, et (iii) de J_____, au motif que cette société n'est pas elle-même créancière de B_____ SA, mais uniquement cessionnaire d'anciens créanciers de cette dernière. Il a par ailleurs reproché à Me K_____ d'assurer la représentation conjointe de ces trois entités dans la procédure pénale – l'Office lui ayant également confié la défense des intérêts de la masse –, ce qui le plaçait dans un conflit d'intérêts manifeste.

e. Selon les informations portées à la connaissance de la Chambre de céans, le Ministère public ne s'est pas encore prononcé sur la qualité de parties plaignantes de la masse en faillite de B_____ SA, de PJSC H_____ et de J_____.

-
- C.** **a.** Par courrier de son conseil du 9 janvier 2018, A_____ a demandé à l'Office de pouvoir consulter le dossier de faillite de B_____ SA. A l'appui de sa requête, il a exposé avoir récemment appris qu'une créance avait été inventoriée à son encontre dans cette faillite.
- b.** Dans sa réponse du 15 janvier 2018, l'Office a confirmé qu'une prétention avait été inventoriée contre A_____, "*pour un montant encore à déterminer, en une qualité d'organe de fait présumé, sur la base d'éléments contenus dans [la] dénonciation pénale à son encontre [du 13 septembre 2016]*". Pour le surplus, il ne rendait pas vraisemblable un intérêt digne de protection à la consultation de l'ensemble du dossier, de sorte que celle-ci lui était refusée.
- c.** Par courrier du 17 janvier 2018 adressé à Me K_____, en sa qualité de conseil de la masse en faillite de B_____ SA, A_____ a requis les pièces suivantes : (i) tout document, accord ou correspondance entre l'administrateur de la masse et PJCS B_____ ou J_____ relatif à leur représentation commune dans la procédure pénale P/2_____/2016, ainsi que (ii) la production n° 12 du I_____ et la correspondance concernant la cession de leurs créances à J_____.
- d.** Par courrier du même jour adressé à Me K_____, en sa qualité de conseil de J_____, A_____ a également sollicité que lui soient communiqués les noms des ayants droits économiques de J_____, ainsi que les montants pour lesquels les banques cessionnaires avaient cédé leurs créances à cette dernière.
- e.** Par plis séparés du 18 janvier 2018, Me K_____ a répondu à A_____ que les pièces requises figuraient déjà dans la procédure pénale et que les parties plaignantes n'avaient aucune obligation d'en délivrer d'autres.
- D.** **a.** Par acte expédié au greffe de la Chambre de surveillance le 26 janvier 2018, A_____ a formé une plainte selon l'art. 17 LP contre la décision de l'Office du 15 janvier 2018 lui refusant l'accès au dossier de faillite de B_____ SA, qu'il indique avoir reçue le 16 janvier 2018.

Il a conclu à l'annulation de cette décision et à ce que l'accès au dossier de faillite lui soit octroyé. Il invoque une violation de l'art. 8a al. 1 LP et considère que l'Office n'a aucun motif valable de lui interdire de consulter le dossier, notamment les documents et renseignements écrits recueillis au sujet de la prétention inventoriée contre lui, ainsi que tout autre document relatif aux (prétendus) actes de gestion déloyale et/ou fautive qui lui sont reprochés en sa (prétendue) qualité d'organe de fait de la faillie. En particulier, aucun secret d'affaires ou motif impérieux de discrétion ne saurait lui être opposé, étant précisé qu'il a librement pu accéder à l'entier du dossier pénal. Au surplus, il estime être en droit de connaître les éventuels accords conclus entre la masse en faillite de B_____ SA et PSJC H_____ (ou avec J_____), afin de pouvoir vérifier que l'Office, qui a choisi de mandater le même avocat que PSJC H_____ et J_____ dans la

procédure pénale, agit dans l'intérêt de la masse plutôt que dans celui des principaux créanciers de la faillie.

b. Dans son rapport du 19 février 2018, l'Office a conclu au rejet de la plainte.

c. Par pli de son conseil du 13 mars 2018, le plaignant a déclaré renoncer à répliquer, tout en persistant dans les termes et conclusions de sa plainte.

d. Par avis du 16 mars 2018, les parties ont été informées que l'instruction de la cause était close.

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; 126 al. 2 let. c LOJ; 6 al. 1 et 3 et 7 al. 1 LaLP) contre des mesures de l'Office non attaquables par la voie judiciaire (art. 17 al. 1 LP). La plainte doit être déposée dans les dix jours suivant celui où le plaignant a eu connaissance de la décision attaquée (art. 17 al. 2 LP).

La décision refusant l'accès au dossier de faillite constitue une mesure sujette à plainte (cf., par ex., DCSO/440/2011 du 24 novembre 2011).

Formée dans le délai légal et respectant pour le surplus les exigences de forme prescrites par la loi (art. 9 al. 1 LaLP), la plainte est recevable.

- 2. 2.1** Selon l'art. 8a al. 1 LP, toute personne peut consulter les procès-verbaux et les registres des offices des poursuites et des offices des faillites et s'en faire délivrer des extraits à condition qu'elle rende son intérêt vraisemblable.

Le droit aux renseignements en matière d'exécution forcée présuppose un intérêt particulier (personnel), digne de protection et actuel (ATF 115 III 81 consid. 2, JdT 1992 II 7; TF, 5A_83/2010 du 11 mars 2010, consid. 6.3). Il n'est pas nécessaire que cet intérêt soit d'ordre pécuniaire, un intérêt juridique d'une autre nature étant suffisant (ATF 93 III 4, JdT 1967 II 37).

En cas de faillite, tous les créanciers ont en principe le droit de consulter les pièces (ATF 93 III 4 consid. 1, JdT 1967 II 35, 37 et 38; TF, 5A_83/2010 précité, consid. 6.3) afin qu'ils puissent se rendre compte de la situation du failli et sauvegarder leurs droits dans la procédure (ATF 93 III 4 consid. 1, JdT 1967 II 38; DALLÈVES, *in* CR-LP, 2005, n. 3 ad art. 8a LP). Le même droit sera garanti au requérant dont la production a été rejetée par l'administration de la faillite et qui a attaqué l'état de collocation en temps utile (ATF 93 III 4 consid. 1, JdT 1967 II 38; DCSO/185/2017 du 6 avril 2017). Ce n'est qu'exceptionnellement qu'on peut refuser à un créancier de consulter certaines pièces lorsque, par exemple, il formule la demande pour des raisons étrangères à sa qualité de créancier, si elle est sans lien direct avec la poursuite concernée ou si elle ne peut avoir un but raisonnable et causerait des démarches inutiles (ATF 135 III 503 consid. 3.5.4; 93 III 4 consid. 1, JdT 1967 II 40 et 41; 91 III 94 consid. 1).

En résumé, l'on peut refuser au requérant le droit de prendre connaissance de certaines pièces déterminées si, exceptionnellement, il n'a aucun intérêt à les consulter et qu'il entend abuser de son droit, si la demande est tracassière ou si elle se heurte à un impérieux devoir de discrétion, à savoir la préservation d'un secret d'affaires d'une partie ou d'un tiers (DAS/_____/2000 du 3 mai 2000, *in* SJ 2001 I 373, consid. 2a et les arrêts cités). En revanche, l'action en responsabilité que les organes de la masse en faillite se proposent d'intenter contre un administrateur de la faillie ne constitue pas à elle seule un motif de refus (ATF 91 III 94 consid. 3, JdT 1966 II 9 et 10).

La loi n'exige pas que le requérant soit un créancier de la faillite; en particulier, celui qui est ou était en rapport d'affaires avec le failli, ou qui est en procès avec lui, a un intérêt digne de protection à consulter le dossier (ATF 93 III 4, JdT 1967 II 38 et 40; 105 III 38, JdT 1981 II 6 consid. 1). Toutefois, la règle selon laquelle un créancier peut se voir refuser l'accès aux pièces de la faillite s'il abuse de son droit s'applique à plus forte raison à celui qui demande à en prendre connaissance sans être créancier dans la faillite (ATF 93 III 4, JdT 1967 II 40 et 41).

2.2 Le droit de consultation ne se limite pas aux procès-verbaux des opérations effectuées par les offices, aux procès-verbaux des réquisitions et déclarations qu'ils reçoivent, ainsi qu'aux registres qu'ils tiennent. La jurisprudence l'a en effet étendu aux autres pièces que détient l'office, à savoir les états de collocation, les états des charges, les tableaux de distribution, les procès-verbaux des assemblées des créanciers, les livres comptables, les pièces justificatives, les quittances, les procès-verbaux des organes d'une société déclarée en faillite, etc. (GILLIÉRON, Commentaire LP, n. 6 et 10 ad art. 8a LP; cf. aussi not. ATF 91 III 94, JdT 1966 II 8-9 consid 1; 93 III 4, JdT 1967 II 37).

La question du droit à la consultation et son étendue doit être tranchée de cas en cas en se fondant sur la justification de l'intérêt à la consultation; l'accès au dossier doit, en outre, respecter le principe de la proportionnalité (ATF 135 III 503 consid. 3). Ainsi, si la loi ne fixe pas de limite à l'étendue de la consultation, une limitation relative de ce droit, au regard des intérêts concrets du requérant, paraît justifiée (DALLÈVES, *op. cit.*, n. 9 ad art. 8a LP).

2.3 Dans la décision DAS/_____/2000 déjà citée, à laquelle le plaignant fait référence dans ses écritures de plainte, l'ancienne Autorité de surveillance a notamment retenu ce qui suit :

"En l'espèce, il faut admettre que, dans la mesure où une prétention [découlant d'un compte courant actionnaire] a été inventoriée à leur encontre par l'Office et qu'une demande [en paiement] a, de ce fait, été déposée devant le juge [civil], les plaignants [i.e. les héritiers de l'actionnaire unique] ont un intérêt juridique personnel et actuel à consulter le dossier de l'Office, en particulier pour se faire une idée de l'état de la faillite de la société dont ils étaient, en fin de compte,

propriétaires, et pouvoir disposer d'éléments essentiels leur permettant de préparer leur réponse à la demande judiciaire.

Au demeurant, il faudrait même admettre que le statut d'actionnaires [des plaignants] leur procure en tant que tel, soit même en dehors de toute procédure, un intérêt [suffisant] leur permettant d'avoir accès au dossier de l'Office. [...] Cette solution est d'autant plus justifiée que [les plaignants] auraient eu, a priori, accès à ces documents si la société n'était pas tombée en faillite. En effet, les actionnaires disposent, de façon générale, de divers droits de contrôle, de renseignements et de consultation quant à l'activité et la situation financière de la société, que leur octroient les art. 696 à 697b CO [...]. On peut donc considérer que, du point de vue des actionnaires, le droit de consultation de l'art. 8a LP succède, dès l'ouverture de la faillite, aux droits ancrés aux art. 696 ss CO, dès lors que l'étendue de la consultation que ces droits leur confèrent et les motifs de refus qui peuvent leur être opposés (secrets d'affaires ou autres intérêts sociaux dignes de protection) sont, pour l'essentiel, identiques."

Dans une décision du 23 décembre 2004, l'ancienne Commission de surveillance a admis qu'une banque [ayant produit dans la faillite en question] avait un intérêt digne de protection à consulter le dossier de faillite auprès de l'Office, "*même pour se défendre contre l'action de la masse tendant à lui dénier la qualité de créancière gagiste de biens se trouvant dans la masse*" (DCSO/_____/2004 consid. 3).

En revanche, dans une décision plus récente, la Chambre de surveillance a nié le droit de consulter le dossier de faillite à une créancière qui souhaitait obtenir une copie de l'état de collocation afin de pouvoir évaluer la possibilité et l'opportunité de racheter certaines créances colloquées dans un but d'investissement. En effet, l'intérêt manifesté par la plaignante était étranger à sa qualité de créancière de la faillie et n'avait aucun lien direct avec la procédure de faillite; au surplus, cette démarche ne visait pas non plus à lui permettre de sauvegarder ou d'exercer ses droits actuels dans la faillite (DCSO/_____/2011 du 24 novembre 2011 consid. 2.2).

3. En l'espèce, le plaignant demande à consulter le dossier de faillite au motif qu'une prétention a été inventoriée contre lui et que cette prétention fait l'objet d'une procédure pénale actuellement pendante. Il ne prétend pas être un créancier de la faillie ou avoir été en relations d'affaires avec celle-ci. Il ne prétend pas non plus en être actionnaire. Le plaignant soutient au contraire que la masse en faillite n'est pas fondée à l'actionner en responsabilité, dès lors qu'il n'a jamais été organe de fait de B_____ SA. De son côté, l'Office s'oppose à la consultation du dossier en raison de la procédure pénale en cours – selon lui, seul un procès civil peut justifier l'accès au dossier de faillite – et relève que certains documents requis par le plaignant sont couverts par le secret professionnel de l'avocat.

3.1 La thèse de l'Office, consistant à dire que l'existence d'un procès pénal entre la masse en faillite et le plaignant suffit à exclure l'application de l'art. 8a al. 1 LP, ne trouve aucune assise dans la loi ou la jurisprudence. Le Tribunal fédéral considère au contraire qu'en règle générale, le requérant justifie d'un intérêt suffisant à consulter les pièces de la faillite si un *procès* est pendant entre lui-même et le failli, sans préciser qu'il devrait nécessairement s'agir d'un procès *civil* (cf. consid. 2.1 *supra*). Par ailleurs, l'action en responsabilité que l'administration de la faillite propose d'intenter contre un ancien organe de la faillie ne constitue pas, en soi, un motif valable pour refuser l'accès du dossier à cet organe.

En l'occurrence, l'Office ne conteste pas que la procédure P/2_____/2016 est en lien direct avec la créance inventoriée contre le plaignant dans la faillite de B_____ SA. A cela s'ajoute que le plaignant a indiqué, sans être contredit, qu'il avait pu accéder librement au dossier pénal, dans son intégralité et sans restriction. L'Office ne prétend pas non plus que la sauvegarde de secrets d'affaires nécessiterait de tenir certains documents secrets à l'endroit du plaignant.

Il découle de ce qui précède que, sur le principe, le droit de ce dernier à consulter les pièces de la faillite doit être admis.

3.2 Reste à déterminer l'étendue concrète de ce droit de consultation.

Comme relevé plus haut, le plaignant se prévaut exclusivement de sa qualité de tiers débiteur d'une prétention inventoriée et de partie au procès pénal initié à cet égard par la masse. En particulier, il ne fonde pas son droit de consultation sur sa qualité de créancier et/ou d'actionnaire de la société faillie, dont il n'allègue pas avoir été un partenaire d'affaires. Dans ces conditions, le plaignant n'a pas d'intérêt digne de protection à consulter l'ensemble du dossier de faillite, par exemple pour se renseigner sur la situation de B_____ SA ou pour sauvegarder des droits qu'il posséderait dans cette procédure de faillite. Il dispose par contre d'un intérêt personnel et actuel à consulter le dossier en tant qu'il concerne les actes de gestion déloyale et/ou fautive que la masse en faillite lui reproche d'avoir commis et qui font l'objet de la procédure pénale en cours.

En définitive, l'intérêt concret du plaignant porte sur les pièces (cf. consid. 2.2 *supra*) que l'Office détient en relation avec la prétention inventoriée contre lui dans la faillite, mais ne va pas au-delà. Entrent notamment dans cette catégorie les documents relatifs à une (éventuelle) cession de cette prétention au sens de l'art. 260 LP, ainsi que les renseignements écrits recueillis par l'Office au sujet de la qualité d'organe de fait imputée au plaignant.

En revanche, l'Office pourra refuser l'accès aux pièces du dossier n'ayant pas de lien direct avec cette prétention. De même, l'Office pourra écarter de la consultation les documents se rapportant à l'activité d'avocat déployée par Me K_____, tels que les courriers, projets, et autres documents de travail que celui-ci aura établis dans l'exercice de son mandat d'avocat de la masse en faillite.

Ces documents bénéficient en effet du privilège du secret professionnel consacré à l'art. 321 CP, ce qui justifie d'en interdire l'accès au plaignant.

3.3 En conséquence, la plainte sera admise partiellement, dans la mesure précitée.

- 4.** 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 dans cette procédure (62 al. 2 OELP).

* * * * *

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

A la forme :

Déclare recevable la plainte formée le 26 janvier 2018 par A_____ contre la décision de l'Office des faillites du 15 janvier 2018 lui refusant l'accès au dossier de faillite de B_____ SA.

Au fond :

L'admet partiellement.

Invite l'Office des faillites à donner à A_____ l'accès au dossier de la faillite de B_____ SA, dans les limites fixées au considérant 3 de la présente décision.

Rejette la plainte pour le surplus.

Siégeant :

Madame Nathalie RAPP, présidente; Messieurs Michel BERTSCHY et Claude MARCET, juges assesseurs; Madame Sylvie SCHNEWLIN, greffière.

La présidente :

Nathalie RAPP

La greffière :

Sylvie SCHNEWLIN

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.