



POUVOIR JUDICIAIRE

A/4517/2015/-CS

DCSO/109/16

**DECISION**

**DE LA COUR DE JUSTICE**

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

**DU JEUDI 14 AVRIL 2016**

Plainte 17 LP (A/4517/2015-CS) formée en date du 28 décembre 2015 par **A\_\_\_\_\_SA**  
et **B\_\_\_\_\_**, élisant domicile en l'étude de Me Romain JORDAN, avocat.

\* \* \* \* \*

Décision communiquée par courrier A à l'Office concerné  
et par plis recommandés du greffier du 15 avril 2016  
à :

- **B\_\_\_\_\_**  
c/o Me Romain JORDAN, avocat  
Etude Merkt & Ass.  
Rue Général Dufour 15  
Case postale 5556  
1211 Genève 11.
  
  - **A\_\_\_\_\_SA**  
c/o Me Romain JORDAN, avocat  
Etude Merkt & Ass.  
Rue Général Dufour 15  
Case postale 5556  
1211 Genève 11.
-

- **C\_\_\_\_\_**  
c/o Me Vincent JEANNERET, avocat  
Etude Schellenberg & Wittmer  
Rue des Alpes 15 bis  
Case postale 2088  
1211 Genève 1.
  
- **E\_\_\_\_\_SA en faillite**  
c/o Office des faillites  
Faillite n° 2015 xxxx61.

**EN FAIT**

- A. a.** D\_\_\_\_\_SA, devenue le 3 décembre 2013 E\_\_\_\_\_SA, est une société inscrite au Registre du commerce de Genève depuis 1991.

Jusqu'au 2 décembre 2013, elle avait pour but l'étude, la gestion et l'administration de portefeuilles, de créances garanties par hypothèques et principalement la gestion et administration de la C\_\_\_\_\_.

**b.** La C\_\_\_\_\_ (ci-après : la Fondation) est une Fondation de droit privé active dans le développement de la prévoyance. Elle permet à des institutions de prévoyance de souscrire individuellement des créances hypothécaires, sous forme d'octroi de prêt ou de partie de prêt en faveur d'un ou plusieurs débiteurs, créances garanties par des cédules hypothécaires. A cette fin, elle met en place un système d'évaluation et de suivi administratif des créances hypothécaires individuelles souscrites par les investisseurs.

A l'époque des faits litigieux, la Fondation avait confié à D\_\_\_\_\_SA le mandat général et exclusif d'organiser et de gérer l'ensemble de son activité, cette dernière prenant à sa charge la totalité des coûts engagés pour la bonne exécution du mandat.

**c.** En septembre 2013, un groupe de débiteurs hypothécaires représentant ensemble un montant consolidé de l'ordre de 95'000'000 fr. a alerté le conseil de Fondation pour se plaindre, d'une part, du fait que l'examen des transactions par lesquelles les immeubles avaient été acquis, démontrait qu'un total d'environ 22'000'000 fr. avait été "dissipé" et ne revenait pas aux entités acquéreuses et, d'autre part, que le taux de financement effectif négocié par D\_\_\_\_\_SA n'était pas de 80 % de la valeur des immeubles mais de 120% à 130 % de celle-ci, ce qui violait l'art. 55 OPP 2 et avait pour conséquence une péjoration de la situation économique des débiteurs, les crédits ayant une valeur très supérieure à la valeur vénale et d'acquisition des immeubles.

**d.** Par courrier du 15 novembre 2013, D\_\_\_\_\_SA a dénoncé en remboursement plusieurs avances qu'elle allègue avoir faites à la Fondation pour que cette dernière règle les intérêts dus à ses membres dans un certain nombre de dossiers. D\_\_\_\_\_SA a déclaré exercer son droit de rétention sur tous les actifs de la Fondation en sa possession, à savoir des cédules hypothécaires, jusqu'à complet paiement des sommes réclamées, d'un total estimé à plus de 4'500'000 fr.

La Fondation nie l'existence d'une créance à son encontre, les avances ayant été octroyées selon elle aux débiteurs hypothécaires.

**e.** En novembre 2013, la Fondation a déposé une plainte pénale, qui a donné lieu à la mise en prévention de B\_\_\_\_\_, administrateur et animateur de D\_\_\_\_\_SA, devenue entretemps E\_\_\_\_\_SA, pour escroquerie, gestion déloyale et faux dans les titres.

**f.** Le 4 mai 2015, le Tribunal a prononcé la faillite d'E\_\_\_\_\_SA et ordonné la saisie conservatoire des cédules hypothécaires en mains de l'Office des poursuites (ci-après : l'Office). Le 30 octobre 2015, la Cour de justice a rejeté le recours dirigé contre cette décision. Un recours, qui n'a été assorti d'aucun effet suspensif, est actuellement pendant devant le Tribunal fédéral.

**g.** Le 22 juin 2015, le procureur en charge de la procédure pénale a ordonné la mise sous séquestre des cédules hypothécaires en mains de l'Office, précédemment détenues par la faillie.

A la requête de la Fondation, il a donné son accord à ce qu'en cas de vente immobilière, le séquestre portant sur les cédules soit converti en séquestre portant sur la contre-valeur de celles-ci.

**h.** Par courrier des 20 octobre et 11 novembre 2015, la Fondation a demandé à l'Office à ce que la vente d'immeubles liés aux cédules soit rendue possible en ce sens que les cédules concernées soient remises au notaire instrumentant l'acte de vente, qui s'engagerait à verser la contre-valeur des cédules en mains de l'Office à l'issue de la vente. Afin que le droit de rétention allégué par E\_\_\_\_\_SA puisse être exercé, les montants correspondant à la contre-valeur des cédules seraient ségrégués.

B\_\_\_\_\_ a informé l'Office, par courrier du 30 novembre 2015, qu'il s'opposait à la demande de la Fondation, dès lors que les cédules garantissaient des créances très importantes consenties à cette dernière.

**i.** Par décision du 15 décembre 2015, l'Office a accepté la proposition de la Fondation à la condition que le notaire choisi pour instrumenter chaque vente accepte de conserver la contre-valeur de la cédule concernée jusqu'à nouvelles instructions de l'Office sur les modalités de versement de la somme, notamment la date du transfert de fonds.

**B. a.** Par acte expédié le 28 décembre 2015 à la Chambre de surveillance des Offices des poursuites et faillites (ci-après : la Chambre de surveillance), B\_\_\_\_\_ et A\_\_\_\_\_SA, actionnaire unique d'E\_\_\_\_\_SA, forment plainte contre cette décision, demandant son annulation, subsidiairement sa modification en ce sens que la contre-valeur de la cédule concernée, mais au minimum à concurrence du montant de l'avance, intérêts et frais compris, soit conservée par l'Office.

Ils reprochent à l'Office une violation de leur droit d'être entendus, dès lors que la décision entreprise ne fait référence à aucune base légale. Relevant devoir imaginer sur quelle disposition l'Office avait procédé, ils invoquent une violation des art. 179 LP (mesures conservatoires ordonnées par le juge et non pas par l'Office), 223 LP (mesures de sûretés ne pouvant toutefois intervenir qu'après l'ouverture de la faillite), 231, 238 et 243 LP (la réalisation d'un actif ne pouvant intervenir qu'après le délai de production en cas de faillite sommaire et qu'après la première assemblée des créanciers en cas de faillite ordinaire). Par ailleurs, la décision ne précisait pas les gages qui seraient vendus et leur prix. Elle constituait une forme de blanc-seing donné à la Fondation, débitrice de la faillie, pour décider librement quels gages pourraient être réalisés et à quelles conditions. Elle permettait au demeurant de contourner la procédure prévue en matière de revendication de tiers sur les biens de la masse active laquelle n'était ni constituée, ni inventoriée.

**b.** Par ordonnance du 14 janvier 2016, la Chambre de surveillance a accordé l'effet suspensif à la plainte.

**c.** L'Office s'en rapporte à la justice sur les conclusions prises par les plaignants.

**d.** Selon la Fondation, la plainte serait irrecevable, faute pour les plaignants d'intérêt à agir. En effet, le recours au Tribunal fédéral contre la décision de faillite n'avait été assorti d'aucun effet suspensif, de sorte que cette dernière était exécutoire. L'Office était donc seul légitimé à prendre des décisions dans l'intérêt de la masse. Subsidiairement, la plainte était mal fondée, puisque l'opération ne causait aucun dommage à la faillie. Le prétendu droit de rétention agirait alors sur la contre-valeur des cédules correspondant à la valeur exacte de la cédule, telle qu'inscrite sur chacune d'entre elles. L'attitude de la faillie était constitutive d'un abus de droit, son but étant de retarder la procédure. Ces procédés téméraires méritaient d'être sanctionnés par une amende de procédure de 1'500 fr.

**e.** B\_\_\_\_\_ et A\_\_\_\_\_ SA contestent la qualité de partie de la Fondation, cette dernière n'étant pas créancière de E\_\_\_\_\_ SA.

**f.** Les parties ont répliqué et dupliqué, persistant dans leurs conclusions respectives. Elles ont alors produit des pièces nouvelles, à savoir un procès-verbal d'audience du 26 novembre 2014 et deux correspondances du 8 et 14 décembre 2015 au sujet d'un débiteur hypothécaire.

---

## **EN DROIT**

1. **1.1** La Chambre de céans est compétente pour statuer sur les plaintes formées en application de la LP (art. 13 LP; art. 125 et 126 LOJ; art. 6 al. 1 et 3 et 7 al. 1 LaLP) contre des mesures non attaquables par la voie judiciaire (art. 17 al. 1 LP).

Est une mesure sujette à plainte tout acte d'autorité accompli par un organe de la poursuite en exécution d'une mission officielle dans une affaire concrète; il doit s'agir d'actes pris unilatéralement ou d'office, de nature à créer, modifier ou supprimer une situation du droit de l'exécution forcée dans une procédure d'exécution forcée concrète ; de simples avis ou conseils de l'autorité de poursuite ne sont pas des mesures sujettes à plainte (GILLIERON, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 5ème éd. 2012, n° 248; ERARD, in Commentaire romand, ad art. 17 n° 9 s).

La plainte doit être déposée dans les dix jours de celui où le plaignant a eu connaissance de la mesure (art. 17 al. 2 et 31 LP).

En l'espèce, dès lors que la décision entreprise est susceptible de modifier la composition des actifs de la masse en faillite, elle peut faire l'objet d'une plainte. Expédiée le 28 décembre 2015, cette dernière a été formée en temps utile.

**1.2** La qualité pour porter plainte selon l'art. 17 LP – condition de recevabilité devant être examinée d'office (GILLIERON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, 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, JdT 2004 II 96; 120 III 42 consid. 3). Le plaignant doit dans tous les cas poursuivre un but concret; il doit être matériellement lésé par les effets de la décision attaquée et avoir un intérêt digne de protection à sa modification ou à son annulation (ATF 138 III 219 consid. 2.3; 120 II 5 consid. 2a, JdT 1995 I 189).

En l'espèce, il y a lieu d'admettre la qualité pour former plainte de l'ancien administrateur et de l'actionnaire unique de la faillie, dans la mesure où la décision de faillite de la société, bien qu'exécutoire, n'est pas encore définitive et qu'une admission du recours par le Tribunal fédéral pourrait conduire à faire renaître les droits des intéressés sur les actifs de la société.

La plainte est ainsi recevable.

**1.3** La Fondation a un intérêt digne de protection à intervenir dans le cadre d'une décision portant sur des actifs retenus par la faillie en garantie de créances prétendument détenues à son encontre. Elle a au demeurant rendu vraisemblable avoir une créance en dommages et intérêts à l'encontre de la faillie en raison d'une

mauvaise gestion. La vente des immeubles grevés des cédules peut être susceptible de diminuer son dommage si elle a lieu de gré à gré, en lieu et place d'une vente aux enchères. La qualité de partie de la Fondation doit par conséquent être admise.

**1.4** La question de savoir si les pièces produites par les parties dans leur deuxième échange d'écritures sont recevables peut demeurer indécise, dès lors que, quand bien même elles le seraient, elles ne sont pas susceptibles d'influer l'issue de la présente cause.

- 2.** Les plaignants invoquent une violation de leur droit d'être entendus, la décision entreprise ne contenant pas de motivation suffisante.

**2.1** L'art. 29 al. 2 Cst. consacre le droit des parties d'être entendues.

La jurisprudence a notamment déduit du droit d'être entendu le devoir pour le juge de motiver sa décision, afin que le destinataire puisse en saisir la portée, le cas échéant, l'attaquer en connaissance de cause et que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle (ATF 133 III 439 consid. 3.3; arrêt du Tribunal fédéral 5A\_12/2013 du 8 mars 2013 consid 4.1). Pour répondre à ces exigences, il suffit que le juge mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidé et sur lesquels il a fondé sa décision; il n'est pas tenu de discuter tous les arguments soulevés par les parties, mais peut se limiter à ceux qui lui apparaissent pertinents (ATF 136 I 229 consid. 5.2; 136 V 351 consid. 4.2; arrêt du Tribunal fédéral 5A\_12/2013 du 8 mars 2013 consid 4.1). L'obligation de motivation vaut également pour l'autorité rendant une décision sujette à recours ou plainte.

**2.2** En l'espèce, la décision attaquée prévoit la conversion de cédules hypothécaires détenues en garanties par la faillie en argent liquide. Les conditions pour assurer la conservation des valeurs et l'exercice du droit de rétention sont clairement exposées. Il s'agit ainsi d'une mesure conservatoire prise par l'Office, visant à permettre à la masse en faillite de disposer de garanties liquides en lieu et place de cédules hypothécaires. Bien qu'aucune base légale ne soit mentionnée, la décision est suffisamment motivée pour permettre aux plaignants d'en comprendre la portée et d'en contester le fondement. L'animateur de la faillie a en sus pu se déterminer sur la mesure demandée par la Fondation avant le prononcé de la décision.

Cette dernière ne consacre donc aucune violation du droit d'être entendu.

- 3.** Les plaignants contestent la compétence de l'Office à prendre une telle décision et considèrent, en outre, que cette dernière est prématurée.

**3.1** Le recours contre la décision de faillite n'ayant pas d'effet suspensif ex lege, l'office des faillites doit procéder à l'inventaire, diligenter les enquêtes nécessaires

et prendre des mesures conservatoires nécessaires sans désemparer aussitôt que l'ouverture de la faillite est portée à sa connaissance (GILLIERON, Commentaire de la LP, n° 8 ad art. 221 LP).

L'Office doit, de par la loi en tant qu'organe étatique de l'exécution forcée, assumer la tâche d'administrer la masse active - soit avant même que n'existe une masse en faillite ou une communauté des créanciers pour laquelle l'Office, à défaut de nomination d'une administration spéciale, remplit alors les fonctions d'administration ordinaire (arrêt du Tribunal fédéral 7B.28/2005 du 3 mars 2005 consid. 1; GILLIERON, Commentaire LP, ad Remarques introductives aux art. 235-243 n° 2 et 13 ss; STOFFEL, Voies d'exécution, § 9 n° 12 ss et § 11 n° 4 ss, 61 s. et 79 ss).

L'Office, au titre des mesures de sûreté qui lui incombent légalement dès la communication de l'ouverture de la faillite (art. 176 al. 1 ch. 1 et art. 221 al. 1 LP), doit notamment prendre sous sa garde l'argent comptant, les valeurs, livres de comptabilité, les livres de ménage et les actes de quelque importance appartenant au failli (art. 223 al. 2 LP).

Pour définir les mesures nécessaires à la conservation et à l'administration (art. 223 al. 1 LP) des biens inventoriés jusqu'à la première assemblée des créanciers (ou même au-delà en cas de liquidation sommaire), l'administration de la masse dispose d'un pouvoir d'appréciation étendu, que l'autorité cantonale de surveillance, saisie d'une plainte fondée sur l'art. 17 LP, peut revoir avec un plein pouvoir d'examen. Hormis le cas des immeubles, réglé dans le détail par l'ORFI, la loi ne comporte que très peu d'indications sur ce que l'administration de la masse doit faire pour conserver ou administrer les actifs du failli. C'est l'intérêt de la masse, c'est-à-dire l'intérêt des créanciers à obtenir le meilleur désintéressement possible qui, dans les limites fixées par la loi, doit guider l'administration dans tous ses choix (DE COULON, La préservation de l'entreprise du failli et sa vente d'urgence, in BLSchK 2008 p. 205).

**3.2** En l'espèce, bien que le recours au Tribunal fédéral contre le prononcé de la faillite soit encore pendant, l'Office est compétent pour prendre des mesures de sûretés.

Contrairement à ce que soutiennent les plaignants, la décision attaquée ne vise pas la réalisation d'actifs, mais elle consiste en la conversion de cédules hypothécaires en argent. Elle permet la vente de gré à gré des immeubles grevés, laquelle sera plus profitable qu'une vente aux enchères forcées. Cette mesure présente l'avantage pour les créanciers de la faillie de disposer de liquidités destinées à garantir, en lieu et place des cédules hypothécaires, l'entier des créances que la faillie dit détenir à l'encontre de la Fondation. Visant à conserver la substance des actifs de celle-là, elle constitue une mesure de sûreté au sens de l'art. 223 LP.

Afin de permettre l'exercice du droit de rétention allégué, la décision prévoit que les montants correspondant à la contre-valeur des cédules seront ségrégués. L'Office a soumis son autorisation à la condition supplémentaire que le notaire choisi pour instrumenter chaque vente accepte de conserver la contre-valeur de la cédule concernée jusqu'à nouvelles instructions de sa part sur les modalités de versement de la somme, notamment la date du transfert de fonds. Les plaignants semblent en déduire que les montants obtenus seront ainsi conservés durant toute la procédure de faillite par le notaire. Or, la condition posée par l'Office apparaît relever d'un souci d'organisation interne en vue de permettre la ségrégation des montants. Le notaire instrumentant la vente ne servira ainsi que d'intermédiaire, les contre-valeurs des cédules devant être conservées sous la garde de l'Office.

Par ailleurs, il est vrai que le terme de "contre-valeur" des cédules est imprécis, car il pourrait tout aussi bien viser la créance abstraite – ou cédulaire – garantie par le gage immobilier, incorporée dans la cédule, que celle causale découlant de la relation de base pour laquelle la cédule a été remise en garantie (cf. ATF 136 III 288 consid. 3.1). La Fondation demande à ce que la contre-valeur des cédules corresponde à la valeur exacte de la cédule, telle qu'inscrite sur chacune d'entre elles. Ce faisant, elle vise la créance abstraite, qui peut être plus importante que celle causale. La solution proposée par la Fondation garantit ainsi tant les droits des créanciers gagistes que des autres créanciers de la faillie, y compris ceux de tiers, singulièrement des plaignants qui font valoir un droit de rétention.

La mesure entreprise n'apparaît par conséquent violer aucune disposition de la loi. Il sera néanmoins précisé que la contre-valeur des cédules qui devra revenir à l'Office devra correspondre au montant de la créance abstraite incorporée dans la cédule. Il s'ensuit que seule une vente de l'immeuble permettant de réunir cette somme sera autorisée.

Compte tenu de ce qui précède, et notamment de la précision qu'il convient d'apporter à la décision attaquée, la plainte n'apparaît pas être purement chicanière ou dilatoire. Elle n'est donc pas constitutive d'un abus de droit et ne justifie pas la condamnation des plaignants à une amende.

4. Conformément aux art. 20a al. 2 ch. 5 LP, 61 al. 2 let. a et 62 al. 2 OELP, il n'y a pas lieu de percevoir d'émolument de justice, ni d'allouer des dépens.

\* \* \* \* \*

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

**A la forme :**

Déclare recevable la plainte formée le 28 décembre 2015 par B\_\_\_\_\_ et A\_\_\_\_\_SA contre la décision de l'Office des poursuites du 15 décembre 2015.

**Au fond :**

Précise que la contre-valeur des cédules hypothécaires visées dans la décision précitée correspond à la valeur de la créance abstraite incorporée dans lesdites cédules.

Rejette la plainte pour le surplus.

**Siégeant :**

Madame Florence KRAUSKOPF, présidente; Madame Marilyn NAHMANI et Monsieur Eric DE PREUX, juges assesseur(e)s; Madame Véronique PISCETTA, greffière.

La présidente :

Florence KRAUSKOPF

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.*