

# BGer 5A\_933/2023 vom 20. März 2024

Bundesgericht, 2024-03-20, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_933\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_933_2023)

FR: TF 5A\_933/2023 du 20 mars 2024

IT: TF 5A\_933/2023 del 20 marzo 2024

## Erwägungen

### E. 1

Le recours est dirigé contre une décision finale ( art. 90 LTF ), rendue dans le cadre d'une procédure de faillite, soit en matière de poursuite pour dettes et faillite ( art. 72 al. 2 let. a LTF en lien avec l' art. 19 LP ), par une autorité cantonale de surveillance statuant en dernière (unique) instance cantonale ( art. 75 al. 1 LTF ). La voie du recours en matière civile est ainsi ouverte, indépendamment de la valeur litigieuse ( art. 74 al. 2 let. c LTF ). Le recours a par ailleurs été interjeté dans le délai ( art. 100 al. 2 let. a LTF ) par une partie qui a succombé dans ses conclusions prises devant l'autorité précédente et a un intérêt digne de protection à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée ( art. 76 al. 1 LTF ).

### E. 2.1

Le recours en matière civile peut être formé pour violation du droit, tel qu'il est délimité par les art. 95 s. LTF. Le Tribunal fédéral applique le droit d'office ( art. 106 al. 1 LTF ). Cela étant, eu égard à l'exigence de motivation contenue à l' art. 42 al. 1 et 2 LTF , il n'examine en principe que les griefs soulevés ( ATF 142 III 364 consid. 2.4 et les références ). Le Tribunal fédéral ne connaît par ailleurs de la violation de droits fondamentaux que si un tel grief a été expressément invoqué et motivé de façon claire et détaillée par le recourant ("principe d'allégation", art. 106 al. 2 LTF ; ATF 146 IV 114 consid. 2.1; 144 II 313 consid. 5.1).

### E. 2.2

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ), sous réserve des cas prévus à l' art. 105 al. 2 LTF ( ATF 142 I 155 consid. 4.4.3 ).

### E. 3

Examinant la qualité pour former plainte, l'autorité de surveillance a retenu que A. \_\_\_\_\_ développait une argumentation exclusivement orientée sur la préservation de ses propres intérêts, et non de ceux de la faillie, puisque seul son nom apparaissait dans ses écritures, et non celui de C. \_\_\_\_\_, de sorte que la prétendue extension de la qualité de plaignante à C. \_\_\_\_\_ qu'elle alléguait était sans portée, même en interprétant largement les termes de la plainte. C'était par conséquent à l'aune des intérêts de A. \_\_\_\_\_ que la plainte allait être examinée, à l'exclusion de griefs qui auraient été invoqués dans le seul intérêt de la faillie, qui n'était pas plaignante.

Au fond, quant au grief visant le caractère infondé des créances inscrites à l'inventaire, l'autorité de surveillance a jugé qu'elle n'était pas compétente pour s'en saisir, dans la mesure où la plaignante n'invoquait pas l'insaisissabilité ou l'incessibilité patente des créances inscrites, mais le caractère infondé desdites créances, lequel relevait de la compétence exclusive du juge du fond. Quant au grief d'absence de soumission de

l'inventaire à la faillie pour examen et approbation, l'autorité de surveillance a jugé que, dans la mesure où la plaignante agissait à titre personnel, soit un tiers à la faillite, le fait d'inventorier une créance à son encontre n'avait aucune conséquence sur sa situation juridique. Elle n'avait donc aucun intérêt à attaquer l'inventaire et ne disposait pas de la qualité pour agir, que ce fût pour contester le fondement des créances inscrites à l'inventaire ou pour remettre en cause la manière dont l'office avait confectionné l'inventaire. Dans la mesure où la plaignante agissait en qualité de créancière inscrite à l'état de collocation, elle n'avait pas d'intérêt à contester l'inventaire en vue d'en soustraire des actifs. Si la plaignante agissait à titre personnel, mais en sa qualité d'organe de la faillie, la qualité pour agir devait également lui être déniée faute d'intérêt. Selon l'autorité de surveillance, la qualité pour déposer plainte était offerte à l'administrateur d'une société anonyme à titre personnel lorsqu'une mesure de l'office portait atteinte à ses intérêts en cette qualité. Or, en l'occurrence, la plaignante ne reprochait pas à l'office d'avoir adopté des comportements préjudiciables à son égard dans ses investigations au cours de la confection de l'inventaire, mais d'avoir omis de soumettre à la faillie l'ultime version de l'inventaire avant publication. Ce faisant, elle n'invoquait pas une atteinte à son détriment personnel mais à celui de la faillie, qui n'était pas plaignante. En conséquence, les griefs adressés par la plaignante à l'encontre de l'inventaire établi par l'office étaient irrecevables.

Ensuite, l'autorité de surveillance a examiné le grief que la recourante faisait à l'office d'avoir admis la créance de B. \_\_\_\_\_ à l'état de collocation à un montant insoutenable sous l'angle de la vraisemblance et de n'avoir pas fait figurer la mention

pro memoria en regard de la créance alors que celle-ci faisait l'objet de procédures en cours dont l'objectif était d'établir son extinction par consignation du montant litigieux. Elle a tout d'abord jugé que l'office n'avait pas à mentionner la créance de B. \_\_\_\_\_

pro memoria puisque la procédure d'arbitrage international et la procédure satellite en désignation des arbitres n'avaient pas été suspendues en application de l' art. 207 LP . Dans une motivation subsidiaire, elle a souligné que, dans tous les cas, la suspension de l' art. 207 LP et la mention

pro memoria en marge de l'état de collocation au sens de l' art. 63 OAOF avaient vocation à durer jusqu'à vingt jours après le dépôt de l'état de collocation, de sorte que la plainte ne présentait plus aucun intérêt pour la plaignante et était irrecevable, le délai étant échu et la masse ayant cédé les droits relatifs à ces procès.

Enfin, statuant sur le grief relatif à la quotité de la créance de B. \_\_\_\_\_ inscrite à l'état de collocation, l'autorité de surveillance a considéré que l'office avait respecté son obligation d'examen sommaire de la créance en inscrivant celle-ci à concurrence du capital auquel C. \_\_\_\_\_ avait été condamnée par la sentence arbitrale du 8 juin 2001, plus les intérêts moratoires au taux de 5 % l'an courus entre le 8 juin 2001 et le prononcé de la faillite. Dans un contexte présentant des divergences d'opinions - B. \_\_\_\_\_ prétendant à un intérêt à 10%, sur des intérêts capitalisés, et C. \_\_\_\_\_ prétendant qu'aucun intérêt n'était dû -, la solution de l'office était en effet soutenable, sous l'angle de la vraisemblance, au vu des pièces dont il disposait. Il appartenait donc aux créanciers insatisfaits de contester la collocation de la créance de B. \_\_\_\_\_ devant le juge du for de la faillite, et non de former une plainte auprès de l'autorité de surveillance, de sorte que la plainte devait, sur ce grief également, être déclarée irrecevable.

#### **E. 4**

La recourante se plaint à deux égards d'un déni de justice formel ( art. 29 al. 1 Cst. ).

#### **E. 4.1**

Elle reproche tout d'abord à l'autorité de surveillance de ne pas être entrée en matière sur son grief tiré de l'interdiction de l'abus de droit ( art. 2 CC ) dans l'établissement de l'inventaire et de ne pas s'être prononcée non plus sur l'existence des créances récursoires inscrites à l'inventaire contre F.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ et G.\_\_\_\_\_ alors que les créances qui ne sont pas nées sont par définition insaisissables.

Ensuite, elle soutient que l'autorité de surveillance aurait dû se saisir de son argumentation relative à la violation des art. 228 al. 1 LP et 29 al. 3 et 4 OAOF. Elle affirme que cette autorité a retenu qu'elle n'était plaignante qu'à titre personnel et n'avait visé que la préservation de ses propres intérêts alors qu'elle avait pourtant reconnu qu'elle avait indiqué agir également en qualité de représentante de la société faillie et, surtout, en contradiction avec ses précédentes constatations, avait rejeté tous les griefs qui auraient été dans le seul intérêt de la faillie, reconnaissant ainsi qu'elle avait également développé une argumentation visant à préserver les intérêts de la faillie.

#### **E. 4.2.1**

Selon la jurisprudence, l'autorité qui ne traite pas un grief relevant de sa compétence, motivé de façon suffisante et pertinent pour l'issue du litige, commet un déni de justice formel proscrit par l' art. 29 al. 1 Cst. ( ATF 142 II 154 consid. 4.2; 141 V 557 consid. 3.2.1 et les références).

#### **E. 4.2.2.1**

L'inventaire ( art. 221 LP ) est une mesure interne de l'administration de la faillite. Cet acte ne produit aucun effet à l'égard des tiers et ne fixe pas encore définitivement l'appartenance des biens à la masse; il n'a d'autre but et d'autre conséquence que d'énumérer et d'établir les biens et les droits que la masse considère comme appartenant au failli et tend à assurer la conservation du patrimoine du failli (arrêt 5A\_301/2023 du 14 décembre 2023 consid. 5.1.1 et les références).

Tous les éléments du patrimoine sis en Suisse sont portés à l'inventaire. Il s'agit, d'une part, des biens en possession du failli (appartenant ou non à la masse) et, d'autre part, des valeurs patrimoniales qui ne sont pas en sa possession, mais dont ce dernier déclare être propriétaire, ainsi que des valeurs appartenant vraisemblablement au failli. Les créances du failli contre des tiers sont aussi portées à l'inventaire, qu'elles soient contestées ou non (VOUILLOZ,

in Commentaire romand, LP, 2005, n° 4 et 11 ad art. 221 LP ). Si l'existence d'un droit ou l'appartenance de celui-ci à la masse est litigieuse, l'office doit s'en tenir aux indications des créanciers et inscrire la créance ou le droit à l'inventaire. Il doit donner suite à la réquisition d'inventorier sans égard à l'opinion que la masse peut avoir sur l'existence du droit contesté ( ATF 114 III 21 consid. 5b; 104 III 23 consid. 2). Il suffit que l'allégation soit "en quelque mesure spécifiée". Il est toutefois dans son pouvoir d'appréciation d'y renoncer si, d'après les indications mêmes du créancier, il apparaît d'emblée que le droit invoqué ne saurait exister ( ATF 72 III 120 [121 s., 124]). Il en va de même si l'incessibilité du droit est manifeste ( ATF 81 III 122 [123]; arrêt 5A\_301/2023 précité consid. 5.1.3).

#### **E. 4.2.2.2**

Conformément à son devoir général de coopération, le failli doit participer à la prise de l'inventaire ( art. 229 LP ). Il doit présenter à l'office tous ses biens et les mettre à sa disposition. L'inventaire établi est présenté au failli pour qu'il prenne position et s'exprime sur son caractère exact et complet. Sa réponse est transcrite dans l'inventaire, qu'il signe ( art. 228 al. 1 et 2 LP , 29 s. OAOF; VOUILLOZ,

op. cit. , n° 20 ad art. 221 LP ). Le but de cette soumission est d'établir rigoureusement dans l'inventaire l'étendue du patrimoine du failli (VOUILLOZ,

op. cit. , n° 3 ad art. 228 LP ).

#### **E. 4.2.2.3**

La qualité pour porter plainte, selon l' 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; 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 précité consid. 2.3; 120 II 5 consid. 2a; arrêt 5A\_517/2012 du 24 août 2012 consid. 4.1.1, publié

in Pra 2013 (n°16) p. 142). Ainsi, le failli peut porter plainte contre l'inventaire. Par ce moyen, il entend généralement obtenir la libre disposition sur les biens qu'il estime de stricte nécessité. Les créanciers ont également qualité pour porter plainte contre la décision de l'office des faillites refusant d'inventorier un bien ( ATF 141 III 590 consid. 3.5.1; arrêt 5A\_301/2023 précité consid. 5.1.4 et les autres références). En revanche, la prise d'inventaire ne déployant pas d'effets juridiques à l'égard des tiers, ceux-ci n'ont qualité pour porter plainte contre la prise en compte ou non de biens dans l'inventaire ( ATF 54 III 15 consid. 2; arrêt 5A\_517/2012 précité consid. 4.1.2; VOUILLOZ,

op. cit. , n° 21 s. ad art. 221 LP ).

#### **E. 4.2.3**

En l'espèce, la recourante méconnaît le but de l'inventaire de même que celui de la déclaration du failli sur l'inventaire. Par ses arguments, elle ne vise qu'à radier la créance inscrite à l'inventaire à son encontre en cherchant à détourner à son avantage cette mesure.

En effet, en lien avec le grief tiré de la déclaration du failli sur l'inventaire ( art. 228 LP ), l'autorité de surveillance s'est saisie de la question de la recevabilité de celui-ci au vu de la qualité de la personne qui agissait devant elle. Au vu de cette motivation, aucun déni de justice ne peut lui être reproché. Au demeurant, dans la mesure où la recourante se plaindrait en réalité de la violation de l' art. 17 LP , la motivation de l'autorité de surveillance signifie que la recourante ne peut pas se prévaloir d'une norme destinée à protéger la faillie pour défendre ses propres intérêts lorsqu'elle ne formule la plainte qu'en son nom. Contrairement à ce que soutient la recourante, cette motivation ne contient pas d'arguments contradictoires. En outre, même à suivre la recourante qui soutient qu'elle agissait au nom de la faillie, il ressort de la plainte que le seul but poursuivi par la plaignante était de faire retirer de l'inventaire les créances dirigées contre elle et les sociétés tierces. Non seulement ce but ne sert pas les intérêts de la faillie, de sorte que même formulée au nom de celle-ci, la plainte ne serait pas recevable, mais la soumission de l'inventaire au failli, qui vise à établir le patrimoine de celui-ci afin d'en réaliser l'entier en

vue de désintéresser au mieux l'ensemble des créanciers, ne permet pas de réaliser un tel but. Contrairement à ce que soutient la recourante, l' art. 228 LP n'a pas pour vocation de faire retirer des créances sous prétexte que le failli estime que celles-ci sont inexistantes.

En lien avec le grief tiré de la confection de l'inventaire ( art. 221 LP ), étant donné que la recourante ne poursuivait que ses intérêts et n'agissait donc qu'à titre personnel (créancière, débitrice, administratrice de la faillie), elle n'avait pas qualité pour porter plainte contre l'inventaire aux fins d'en faire retirer des créances. En conséquence, aucun déni de justice ne peut être retenu contre l'autorité de surveillance. Dans tous les cas, même à supposer que la plainte était formée au nom de la faillie, comme le soutient la recourante, celle-ci se méprend sur l'intérêt du failli à former plainte contre l'inventaire: comme dit précédemment, si le failli peut avant tout se prévaloir de l'insaisissabilité de certains de ses biens, il n'a, au même titre que les créanciers selon la jurisprudence constante, pas d'intérêt à faire retirer des créances au motif que celles-ci seraient matériellement infondées.

Il suit de là que le grief tiré d'un déni de justice ( art. 29 al. 1 Cst. ) doit être rejeté.

## **E. 5**

La recourante se plaint de la violation des art. 207 LP et 63 al. 1 à 3 OAOF. Elle soutient qu'il aurait fallu inscrire uniquement

pro memoria la créance de B. \_\_\_\_\_ à l'état de collocation étant donné que l'existence de cette créance fait l'objet d'une procédure arbitrale.

### **E. 5.1**

A l'appui de son propos, elle prétend tout d'abord que l'autorité de surveillance considère à tort que la suspension est une exigence formelle à l'inscription

pro memoria des créances et qu'elle aurait dû examiner si la procédure arbitrale étrangère était " conforme à l' art. 207 LP en ce qu'elle a permis

de facto une coordination avec la procédure de faillite ". Elle affirme ensuite que c'est aussi à tort que l'autorité de surveillance a considéré que les conséquences de l'inscription

pro memoria perdurent uniquement durant vingt jours après le dépôt de l'état de collocation. Selon elle, cette inscription aurait pour conséquence que la procédure arbitrale pendante se substituerait au procès en contestation de l'état de collocation au sens de l' art. 250 LP , la sentence rendue à son terme pouvant ensuite être reconnue et contraignante pour la procédure de faillite suisse dès lors que les créanciers cessionnaires, dont elle fait partie, ont d'ores et déjà marqué leur intention de continuer cette procédure. Elle soutient ainsi que la position de l'autorité de surveillance est incompatible avec la jurisprudence fédérale selon laquelle la sentence arbitrale pourra être reconnue en Suisse avec effet contraignant sur l'état de collocation.

### **E. 5.2**

Les art. 207 LP et 63 OAOF ont pour objet de coordonner la procédure de faillite avec les litiges en cours. Ainsi, lors d'une faillite, les procès civils auxquels le failli est partie et qui influent sur l'état de la masse en faillite sont suspendus, sauf dans les cas d'urgence ( art. 207 al. 1 1

ère phr. LP). Les créances litigieuses qui faisaient l'objet d'un procès au moment de l'ouverture de la faillite sont simplement mentionnées pour mémoire dans l'état de

collocation, sans que l'administration de la faillite ne statue à leur sujet ( art. 63 al. 1 OAOF ). Si le procès n'est continué ni par la masse, ni par les créanciers individuellement à teneur de l' art. 260 LP , la créance est considérée comme reconnue et les créanciers n'ont plus le droit d'attaquer son admission à l'état de collocation, à teneur de l' art. 250 LP ( art. 63 al. 2 OAOF ). Si au contraire le procès est continué, cette créance sera, selon l'issue du litige, ou bien radiée ou colloquée définitivement; cette collocation ne pourra pas non plus être attaquée par les créanciers ( art. 63 al. 3 OAOF ).

La mention pour mémoire selon l' art. 63 OAOF trouve son fondement dans l' art. 207 LP . L'application de ces normes se limite, en vertu du principe de territorialité, aux procès internes ( ATF 141 III 382 consid. 5.3 et consid. 5.6.2; 140 III 320 consid. 8.3.2; 135 III 127 consid. 3.3.1; 133 III 386 consid. 4.3.3). La question de savoir si le procès étranger est suspendu relève de la seule compétence du tribunal étranger (HIERHOLZER/SOGO, in Basler Kommentar, SchKG II, 3

ème éd., 2021, n° 6i, 6l et 6m ad art. 245 LP ). Ainsi, les créances litigieuses qui font déjà l'objet d'une procédure d'arbitrage étrangère au moment de l'ouverture de la faillite ne doivent être inscrites pour mémoire à l'état de collocation que si la procédure en cours est suspendue par le tribunal arbitral (le cas échéant conventionnellement ou à la requête de la partie demanderesse) en application de l' art. 207 LP (arrêt 5A\_910/2019 du 1

er mars 2021 consid. 3.10 et 3.12, publié

in Pra 2021 (n° 91) p. 912 et JdT 2021 II p. 216; HIERHOLZER/SOGO, op. cit. , n° 6q et 6r ad art. 245 LP ).

### **E. 5.3**

En l'espèce, c'est à raison que l'autorité de surveillance a jugé que, faute de coordination des procédures par une suspension de la procédure d'arbitrage internationale, l' art. 63 OAOF ne s'appliquait pas.

Le grief doit être rejeté.

### **E. 6**

La recourante se plaint de la violation des art. 244 ss LP . Elle considère que la " vraisemblance de la solution de l'office " d'appliquer des intérêts moratoires à 5% l'an, entre le 8 juin 2001 et le prononcé de la faillite, sur une créance de 96'615'613 fr. de l'intimée n'est pas compatible avec l' art. 105 al. 3 CO . Selon elle, ces intérêts ne peuvent porter que sur le capital de 30'130'396 USD, de sorte que, même à suivre la position de l'office, les intérêts générés ne pourraient pas dépasser la contrevaletur de 28'640'615.31 USD, soit 5% appliqués du 8 juin 2001 au jour de la faillite sur 30'130'396 USD.

Comme l'a exposé l'autorité de surveillance, l'administration de la faillite ne doit examiner les productions que sommairement et décider de l'admission ou du rejet de la production en fonction du critère de la vraisemblance, dans le délai de 60 jours qui suit l'expiration du délai pour les productions (cf. art. 244 s., 247 al. 1 LP; arrêts 5A\_814/2019 du 3 juin 2020 consid. 2.1.1, publié

in BLSchK 2020 p. 241; 5A\_27/2016 du 28 juin 2016 consid. 4.1.2 et les références). La violation du devoir de vérification par l'administration de la faillite peut, en tant que vice de procédure, faire l'objet d'une plainte ( art. 17 LP ), mais non les déductions de droit matériel

que l'administration de la faillite fait suite à son examen (arrêt 5A\_105/2013 du 12 juin 2013 consid. 3.4.1). Si la plainte contre l'admission d'une créance insuffisamment étayée est admise, cela entraîne l'annulation de la décision de collocation correspondante et une modification de l'état de collocation (arrêt 5A\_476/2007 du 2 novembre 2007 consid. 3 et les références). Le rejet de la plainte n'empêche pas le créancier de prouver l'inexistence de la créance dans le procès de collocation.

Or, en l'espèce, la recourante admet elle-même ne soulever qu'une question de droit matériel, à savoir la violation de l' art. 105 al. 3 CO . Elle ne présente aucun élément permettant de remettre en cause l'examen sommaire de l'office, confirmé par l'autorité de surveillance. Elle ne fait que soulever l'incompatibilité de la décision avec l' art. 105 al. 3 CO , sans même exposer à quel droit était soumis l'arbitrage ni les motifs pour lesquels le tribunal arbitral, bien qu'il ait capitalisé les intérêts vraisemblablement moratoires et ajouté ce montant à la créance de prix, aurait voulu exclure que la totalité de la créance en paiement porte intérêts en cas de demeure.

Il suit de là que le grief doit être rejeté, dans la mesure où il est recevable.

#### **E. 7**

En définitive, le recours est rejeté, dans la mesure de sa recevabilité. Les frais judiciaires, arrêtés à 10'000 fr., sont mis à la charge de la recourante qui succombe ( art. 66 al. 1 LTF ). Aucuns dépens ne sont dus, l'office n'y ayant pas droit ( art. 68 al. 3 LTF ) et l'intimée, dont les conclusions sur effet suspensif n'ont pas été suivies, n'ayant pas été invitée à répondre au fond ( art. 68 al. 1 LTF ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.