



POUVOIR JUDICIAIRE

DCSO/274/07

DÉCISION

DE LA COMMISSION DE SURVEILLANCE DES OFFICES DES POURSUITES ET DES FAILLITES SIÉGEANT EN SECTION

DU JEUDI 14 JUIN 2007

Cause A/1515/2007, plainte 17 LP formée le 13 avril 2007 par **M. A_____**, élisant domicile en l'étude de Me Vincent JEANNERET, avocat, à Genève.

Décision communiquée à :

- **M. A_____**

domicile élu : Etude de Me Vincent JEANNERET, avocat
15bis, rue des Alpes
Case postale 2088
1211 Genève 1

- **la société A_____ SA Générale d'Entreprises en liquidation concordataire, soit pour elle ses liquidateurs M. B_____ et M. K_____**

domicile élu : Etude de Me Bernard ZIEGLER, avocat
14, Cours des Bastions
Case postale 401
1211 Genève 12

Le recours en matière civile est ouvert contre les décisions prises par la Commission de surveillance de l'Offices des poursuites et des faillites, unique autorité cantonale de surveillance en matière de poursuite pour dettes et faillite (art. 56R al. 3 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). 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).

EN FAIT

- A.a. M. A_____ a exploité une entreprise individuelle active notamment dans le génie civil et le bâtiment, qu'il a transformée, en juin 1989, en société anonyme sous la raison sociale A_____ SA Générale d'Entreprises, dont il est devenu l'administrateur unique avec signature individuelle. Le capital social, entièrement libéré, de 5'000'000 fr. était divisé en 50'000 actions nominatives d'une valeur de 100 fr. chacune. Dès 1990, l'intégralité du capital-actions de la société A_____ SA (ci-après : société A_____ SA) a été détenue par le groupe H_____ SA (ci-après : H_____ SA), créée en 1990, actuellement en liquidation concordataire, dont le conseil d'administration était constitué de M. A_____, M. B_____, M. F_____ et M. R_____.
- A.b. La société fiduciaire R_____ SA (ci-après : fiduciaire R_____ SA), nommée comme organe de révision de la société A_____ SA par décision de l'assemblée générale extraordinaire du 4 juin 1992, a assuré la révision des comptes des exercices comptables dès 1991. Elle a parallèlement été en charge de la révision des comptes d'autres sociétés du groupe H_____ SA ou de certaines filiales de la société A_____ SA.
- B.a. Le 23 avril 1997, le conseil d'administration de H_____ SA a chargé la société S_____ SA (ci-après : S_____ SA) « *d'établir un diagnostic organisationnel et fonctionnel de l'ensemble du groupe, afin d'identifier ses forces et ses faiblesses, de même que des actions à entreprendre pour renforcer sa position dans son marché* ». M. B_____, associé de S_____ SA, ingénieur et responsable du conseil d'entreprise pour la Suisse romande, a été responsable de l'exécution du mandat.

Par l'intermédiaire de M. B_____, un rapprochement du groupe H_____ SA a été envisagé avec la société Z_____ SA, dans le cadre défini par une lettre d'intention du 14 juillet 1997 qui a prévu un assainissement préalable des sociétés à apporter à la « joint venture » à créer.

Le mandat initial de S_____ SA s'est achevé par le dépôt, le 26 août 1997, d'un diagnostic du groupe H_____ SA et d'un projet d'assainissement, établi à la date du 15 septembre 1997, qui constatait que le groupe n'avait pas de viabilité assurée à court et à moyen terme sans la mise en place d'un plan d'assainissement drastique couvrant tous les domaines d'activité (immobilier, production et entreprise générale) et intégrant non seulement les diverses sociétés du groupe, mais également les partenaires bancaires, dès lors que, sans un effort substantiel de ces derniers, les diverses sociétés en situation de surendettement au 31 décembre 1996, dont la société A_____ SA, devraient déposer le bilan.

Dans son rapport daté du 8 septembre 1997, S_____ SA a également relevé que la société A_____ SA était surendettée et tombait sous le coup de l'art. 725 al. 2 CO. Le conseil d'administration, en accord avec S_____ SA, a toutefois renoncé à aviser le juge du surendettement, eu égard aux restructurations en cours et à la perspective d'un rapprochement avec la société Z_____ SA. L'intervention de S_____ SA et la solution industrielle que les représentants de S_____ SA devaient réaliser constituaient une mesure d'assainissement suffisante.

C'est ainsi que sur la base du projet d'assainissement établi par S_____ SA et de la lettre d'intention du 14 juillet 1997, le conseil d'administration de H_____ SA a poursuivi les négociations, durant le second semestre 1997 et le début de l'année 1998, avec Z_____ SA et les établissements bancaires, qui avaient accepté les principes d'assainissement préconisés par S_____ SA.

Entre le 15 décembre 1997 et le 15 janvier 1998, S_____ SA a établi un business plan 1997-2000. Un état provisoire et intermédiaire relatif à l'exercice 1997 a mis en évidence une aggravation de la situation. Selon le business plan, les besoins de trésorerie de H_____ SA étaient alors de l'ordre de 18'000'000 fr.

Z_____ SA n'a plus entendu poursuivre les discussions dans l'esprit de la lettre d'intention et a proposé, le 25 février 1998, une solution qui impliquait un nouvel effort substantiel de la part des banques, qui n'ont toutefois pas souhaité s'engager davantage. Toutes négociations relatives au « joint venture » avec Z_____ SA ont été interrompues le 11 mars 1998.

Constatant l'échec des négociations avec Z_____ SA, le conseil d'administration de H_____ SA a décidé, lors d'une séance tenue le 12 mars 1998, de déposer une requête de sursis concordataire pour toutes les sociétés du groupe, à l'exception de A_____ SA et I_____ SA. Lors de la même séance, M. B_____ avait notamment indiqué que le dividende en cas de sursis concordataire pouvait être estimé entre 15 % et 20 %, tandis qu'en cas de faillite, il se situerait entre 0 % et 5 % sur un total de créances d'environ 70'000'000 fr.

S_____ SA a facturé des honoraires de 453'052 fr. 75 pour la période allant de sa mise en œuvre à la demande de sursis concordataire. Dans le cadre du concordat par abandon d'actif de A_____ SA (cf. let. B.b. ci-dessous), S_____ SA a produit une créance de 170'551 fr. 25, qui a été admise, en troisième classe et à due concurrence, à l'état de collocation dressé le 23 février 2001 (collocation n° 180).

En 1999, suite à une fusion selon l'art. 748 aCO, P_____ SA a repris les actifs et passifs de S_____ SA par succession universelle.

B.b. Par requête du 16 mars 1998, le conseil d'administration a avisé le juge de l'état de surendettement de A_____ SA et a sollicité l'octroi d'un sursis concordataire

en vue de l'établissement d'un concordat par abandon d'actif. Il a proposé que M. B _____ et M. K _____ deviennent commissaires au sursis.

Le 20 mars 1998, le Tribunal de première instance a donné suite à la requête de A _____ SA, lui a accordé un sursis concordataire jusqu'au 18 septembre 1998 pour proposer un concordat par abandon d'actif et a désigné M. B _____ et M. K _____ en qualité de commissaires au sursis.

La durée du sursis a été prolongée jusqu'au 18 février 1999 par jugement du Tribunal de première instance du 8 octobre 1998, qui a confirmé M. B _____ et M. K _____ dans leurs fonctions.

Le 14 décembre 1998, la majorité des créanciers a adhéré au projet de concordat par abandon d'actif et à la proposition de désigner M. B _____ et M. K _____ aux fonctions de liquidateurs, ainsi que M. O _____, M. P _____ et M. R _____, en qualité de membres de la commission des créanciers ; M. O _____ et M. P _____ présenteront leur démission par la suite.

Par jugement du 22 juin 1999, le Tribunal de première instance a homologué le concordat par abandon d'actif de A _____ SA, a arrêté le cours des intérêts au 20 mars 1998 et a nommé M. B _____ et M. K _____ aux fonctions de liquidateurs ; M. A _____ est demeuré administrateur, sans signature. Le Tribunal a désigné les membres de la commission des créanciers.

Les liquidateurs ont dressé l'état de collocation de A _____ SA le 23 février 2001 ; M. A _____ y est inscrit en troisième classe pour une créance de 436'211 fr. 66.

- C.a. Alors que le principe d'une expertise contradictoire portant sur les exercices comptables 1993 à 1998 avait été admis lors d'une réunion du 25 mai 2000 entre la commission des créanciers et les liquidateurs, ces derniers, en accord avec la commission des créanciers, ont, le 27 septembre 2000, mandaté la fiduciaire E _____ pour déterminer le moment du surendettement de A _____ SA et établir son évolution, en limitant cependant la mission au 31 décembre 1996, voire jusqu'au 31 décembre 1997.

Le 17 juin 2002, la fiduciaire E _____ a rendu un rapport intitulé « A _____ SA, synthèse de la fiduciaire E _____ pour les éléments essentiels de l'expertise juin 2002 », après avoir déposé, le 18 janvier 2002, un rapport intermédiaire sous forme de questions aux organes de A _____ SA.

Le rapport du 17 juin 2002 conclut que, sur la base des comptes 1994 à nouveau déficitaires et du budget 1995, certes équilibré, mais ne produisant pas un cash flow suffisant pour combler le déficit de trésorerie creusé les années précédentes, il eût fallu, au printemps 1995, procéder à un assainissement avec une augmentation suffisante des fonds propres ou établir un bilan aux valeurs de

liquidation et prendre les mesures prévues par l'art. 725 CO. Il a relevé que s'il existait, selon les organes, une disposition de l'actionnaire à assurer le financement minimum nécessaire à la continuation de l'exploitation, elle ne s'était pas concrétisée de façon suffisante pour A_____ SA.

Au 31 décembre 2002, les liquidateurs ont inscrit au bilan de A_____ SA une prétention de 15'748'000 fr. contre les organes de A_____ SA, correspondant à l'aggravation du surendettement de la société entre le 31 décembre 1994 et le 31 décembre 1996.

C.b. Par acte déposé en vue de conciliation le 26 mars 2004, A_____ SA a formé contre M. A_____ et S_____ SA une demande en paiement de 15'748'000 fr., plus intérêts à 5% dès le 1^{er} janvier 1996.

A_____ SA a allégué s'être trouvée dès l'hiver 1994 / 1995 dans un état de surendettement « absolument catastrophique » puisqu'il s'élevait déjà à 157'000 fr. au 31 décembre 1994 alors même que la totalité des réserves latentes avait été dissoute lors de l'exercice précédent, de sorte que le bilan aurait dû être déposé au printemps 1995. Pour calculer le dommage, A_____ SA a pris la différence entre les fonds propres publiés au passif des bilans révisés en 1994 et en 1996, corrigés selon le rapport de la fiduciaire E_____ du 17 juin 2002 au titre de surévaluations (fonds propres retraités: 157'000 fr. au 31.12.1994 et 14'405'000 fr. au 31.12.1996), à laquelle elle a ajouté les « délimitations » (valeur des travaux en cours) de 1'500'000 fr. pour les besoins du bouclage de l'exercice 1996, selon une note personnelle et confidentielle du 31 mars 1997 de M. G_____, directeur financier de A_____ SA, rédigée à l'attention de M. A_____.

Par assignations du 21 octobre 2004, M. A_____ et S_____ SA ont appelé en cause M. G_____, prétendant à ce qu'il les relève de toutes sommes qu'ils pourraient être condamnés à payer à A_____ SA.

Statuant sans mesures probatoires, le Tribunal de première instance, selon jugement du 7 septembre 2005, a débouté A_____ SA de ses conclusions (ch. 4), la condamnant aux dépens de l'instance, comprenant des indemnités de procédure de 200'000 fr. à titre de participation aux honoraires des avocats respectifs de M. A_____ et de S_____ SA (ch. 5) et déboutant les parties de toutes autres conclusions (ch. 6). Sur appels en cause, après avoir ordonné la jonction des procédures à la demande principale, le Tribunal les a déclarés irrecevables (ch. 1), a condamné solidairement M. A_____ et S_____ SA aux dépens, dont une unique indemnité de 200'000 fr. à titre de participation aux honoraires de l'avocat de M. G_____ (ch. 2) et a débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 3).

Par arrêt du 11 mai 2007, la Cour de justice a annulé les chiffres 1, 2 et 3 du jugement du Tribunal de première instance du 7 septembre 2005, a admis les

appels en cause de M. G _____ formés par M. A _____ et S _____ SA, les a déclaré sans objet, condamné A _____ SA aux dépens des appels en cause, comprenant une indemnité de procédure de 5'400 fr. en faveur de l'avocat de M. G _____, confirmé le jugement du Tribunal de première instance dans les chiffres 4, 5 et 6 de son dispositif et condamné A _____ SA aux dépens de l'appel principal et des appels incidents, qui comprennent des indemnités de procédure de 50'000 fr. à titre de participation aux honoraires des avocats respectifs de M. A _____ et de S _____ SA et de 4'000 fr. à titre de participation aux honoraires de l'avocat de M. G _____. Dans des observations déposées dans une cause parallèle (A/2001/2007 ; cf. let. D.f. ci-dessous), A _____ SA a indiqué qu'elle n'entendait pas recourir au Tribunal fédéral contre l'arrêt de la Cour de justice précité.

C.c. Antérieurement, par une écriture commune du 11 juin 2003, M. A _____ et S _____ SA avaient formé auprès de la Commission de céans une dénonciation à l'encontre de M. B _____ et M. K _____.

Ils y ont allégué que M. B _____ et S _____ SA avaient une parfaite connaissance de A _____ SA dès mai 1997 pour en avoir analysé les comptes et les capacités financières et avoir négocié avec Z _____ SA et les banques, et que M. B _____ en était même un organe de fait. Dans leur dénonciation, M. A _____ et S _____ SA ont imputé aux liquidateurs de A _____ SA et à S _____ SA une détérioration de la situation de A _____ SA au cours du sursis concordataire et de la liquidation, qui aurait été menée trop lentement, avec la conclusion d'un deal mal négocié avec Z _____ SA et même renégocié par la suite, au détriment des créanciers de A _____ SA et avec complaisance à l'égard dudit groupe.

Ils leur ont fait grief, en substance, de n'avoir pas mis la comptabilité à jour, d'avoir négligé le recouvrement des créances auprès des débiteurs, de n'avoir pas surveillé les chantiers, d'avoir vendu un terrain de façon précipitée et économiquement injustifiée, en bradant du matériel et des machines, d'avoir favorisé Z _____ SA pour la reprise du chantier en Valais, d'avoir vendu A _____ SA à un prix dérisoire à une personne à laquelle a en plus été donné le mandat lucratif de vendre des actifs immobilisés de H _____ SA, d'avoir payé intégralement des sous-traitants après l'octroi du sursis concordataire en violation du principe d'égalité des créanciers, d'avoir fait des confusions entre les sociétés de H _____ SA, et d'avoir fait montre d'incompétence.

A titre de conclusions, les dénonciateurs ont demandé à la Commission de céans d'examiner leur dénonciation de façon approfondie, d'analyser de manière détaillée l'activité de M. B _____ et M. K _____ en tant que commissaires au sursis puis liquidateurs de A _____ SA et mettre à jour l'ensemble des dysfonctionnements et violations de devoirs de fonction survenus durant leur activité, de prendre les mesures qui s'imposent pour remédier à ces

dysfonctionnements et violations de devoirs de fonction, de constater la nullité des mesures affectées de nullité, de donner préavis au Tribunal de première instance afin que les liquidateurs soient destitués de leurs fonctions si la Commission de céans estimait n'avoir pas la compétence de les destituer directement et prendre toute autre mesure disciplinaire qui se révélerait appropriée, et d'informer les auteurs de la dénonciation des développements entrepris par la Commission de céans.

Par décision du 30 novembre 2006 dans la cause A/958/2003, la Commission de céans a dit qu'elle n'avait pas matière à intervenir dans le cadre de la liquidation du concordat par abandon d'actif de A_____ SA à la suite de la dénonciation de M. A_____ et de S_____ SA et a déclaré la cause close.

Par courrier du 8 février 2007, les conseils de M. A_____ et de S_____ SA ont interpellé la Présidente de la Commission de céans, considérant que la décision rendue le 30 novembre 2006 ne traiterait « *que de manière partielle les sérieux manquements [que leurs clients] ont mis à jour* » et contiendrait « *de nombreuses erreurs et imprécisions* ». Fort d'une liste des points restant selon eux en suspens, lesdits conseils ont indiqué que leurs clients estimaient que la procédure A/958/2003 n'était pas close.

Par courrier du 16 février 2007, la Commission de céans a répondu aux conseils précités qu'elle n'entendait pas revenir sur cette affaire et s'est référée, pour le surplus, au dispositif de sa décision du 30 novembre 2006.

- D.a. Le 5 mars 2007, M. A_____ a demandé aux liquidateurs de A_____ SA d'inventorier sans attendre une prétention de nature contractuelle en faveur de A_____ SA à l'encontre de P_____ SA (anciennement S_____ SA ; cf. let. B.a. *in fine* ci-dessus) et d'interrompre immédiatement la prescription contre la société d'audit précitée. Il indiquait que « *pour le cas où un commandement de payer devait être envoyé à la société d'audit aux fins d'interrompre la prescription, il conviendrait de calculer de manière approximative le dommage causé par la société, quitte à affiner et diminuer ce montant provisoire par la suite* ».

Par le même courrier, M. A_____ demandait encore qu'une prétention fondée sur l'art. 5 LP soit inventoriée en faveur de A_____ SA à l'encontre de l'Etat de Genève, « *en raison de la gestion déficitaire du concordat par les commissaires au sursis, respectivement liquidateurs* » et ce pour un montant de 15'194'214 fr. 60, « *soit la différence entre le dividende de 20 % annoncé par M. B_____ en mars 1998, et celui qui sera versé, soit 0 %* ».

M. A_____ indiquait par ailleurs que M. B_____ et M. K_____ devraient, dans le traitement de ces prétentions, se récuser au vu de la nature et de l'origine desdites prétentions et ajoutait enfin que si par impossible les liquidateurs (ou leurs substituts) ou la commission des créanciers devaient renoncer à recouvrer

ces créances ou même à interrompre leur prescription, il comptait en demander la cession conformément aux art. 325 et 260 LP.

N'ayant pas reçu de réponse à son courrier du 5 mars 2007, M. A_____ a relancé les liquidateurs de A_____ SA en date du 14 mars 2007. Par le même courrier, il indiquait avoir envoyé une réquisition de poursuite à l'encontre de l'Etat de Genève pour un montant de 436'211 fr. 66 (recte : 87'242 fr. 33 ; cf. let. D.d. ci-dessous), « *correspondant à sa prétention directe contre l'Etat en raison de la liquidation calamiteuse d'A_____ SA* ».

Par décision du 2 avril 2007, les liquidateurs de A_____ SA, sous la plume de M. B_____ ont rejeté « *la demande de monsieur (sic) M. A_____ de porter à l'inventaire une prétention contractuelle contre S_____ SA, de même qu'une prétention contre le canton de Genève en raison de prétendus agissements illicites de la Commission de surveillance des Offices des poursuites et des faillites ainsi que des commissaires au sursis et des liquidateurs* ». Par la même décision, les liquidateurs de A_____ SA indiquaient encore que « *dans la mesure où ces prétentions ne constituent pas un actif de la masse en liquidation, elles ne peuvent pas être cédées à Monsieur M. A_____* ».

A l'appui de leur décision, les liquidateurs ont annexé un avis de droit caviardé aux termes notamment duquel « *les liquidateurs doivent refuser de porter à l'inventaire une prétention contre S_____ SA et/ou encore contre P_____ AG [respectivement contre les commissaires au sursis, les liquidateurs et la Commission de surveillance] au motif que ce n'est ni un droit patrimonial d'A_____ SA existant au moment de l'homologation du concordat ni un droit qui lui échoit avant la clôture de la liquidation (art. 197, 221 et 299 LP) et encore moins une prétention dont la masse passive est titulaire (art. 200 LP)* ».

D.b. Par acte déposé au greffe de la Commission de céans le 13 avril 2007, M. A_____ a formé plainte, avec demande d'effet suspensif et requête de mesures provisionnelles, contre la décision des liquidateurs de A_____ SA du 2 avril 2007. La plainte a été enregistrée sous le numéro de cause A/1515/2007.

A l'appui de sa plainte, M. A_____ indique que la liquidation de A_____ SA n'est toujours pas achevée et qu'« *à ce jour, il apparaît que le dividende sera, pour les créanciers de troisième classe, de 0 %* » au vu de l'état patrimonial « *catastrophique* » de la masse. A cet égard, il indique, se basant en cela sur le rapport d'activité des liquidateurs de A_____ SA pour les exercices 2004 à 2006 produit en annexe à sa plainte, qu'« *au 31 décembre 2006, le solde de l'actif net était de CHF 2'049'447.-, ce y compris une prétention hasardeuse contre les organes d'A_____ SA comptabilisée à hauteur de CHF 6'000'000.-* » et qu'« *abstraction faite de cette prétention, l'actif net est négatif de CHF – 3'950'553* », alors qu'il « *était de CHF 4'421'600 fr. au 31 décembre 2003* ». Il

allègue que les dettes de la masse ne sont pas couvertes et que « *la liquidation coûte (...) bien plus qu'elle ne rapporte* ».

Il expose que la prétention contre P _____ SA (anciennement S _____ SA), dont il demande l'inventaire, est fondée « *sur la mauvaise exécution par M. B _____, respectivement S _____ SA, du mandat confié par A _____ SA, entre avril 1997 et mars 1998* ». Il indique que cette prétention devrait être portée à l'inventaire à hauteur de la somme de 15'194'214 fr. 60 correspondant à la différence entre le dividende de 20% « *qui selon les propos de S _____ SA en mars 1998 devait revenir aux créanciers de troisième classe d'A _____ SA, et le montant qui leur sera finalement versé (0%)* ».

M. A _____ relève que M. B _____ « *aurait dû se récuser* », dans la mesure où (i) « *à tout le moins entre avril 1997 et mars 1998, [il] était partner de S _____ SA* », (ii) qu'il est devenu « *partner* » de P _____ SA suite à la fusion en 1999 de S _____ SA avec cette société, (iii) qu'il « *a exécuté personnellement, pour la plus grande partie, le mandat confié par A _____ SA à S _____ SA d'avril 1997 à mars 1998* ».

S'agissant de la prétention contre l'Etat de Genève, M. A _____ indique qu'elle « *est fondée sur la gestion calamiteuse d'A _____ SA par les commissaires au sursis, respectivement liquidateurs, soit MM. K _____ et B _____* ». Il indique que cette prétention doit être inventoriée à hauteur de 15'194'214 fr. 60.

M. A _____ conclut, principalement, à l'annulation, respectivement à la constatation de la nullité de la décision des liquidateurs de A _____ SA du 2 avril 2007, à ce qu'il soit ordonné à M. B _____ et M. K _____ de se récuser pour toute matière concernant (i) les prétentions à inventorier contre P _____ SA et (ii) les prétentions à inventorier contre l'Etat de Genève en raison des activités de M. B _____ et M. K _____ en tant que liquidateurs, respectivement commissaires, à ce qu'il soit ordonné de porter à l'inventaire les prétentions de A _____ SA contre P _____ SA, à hauteur de 15'194'214 fr. 60 et contre l'Etat de Genève en raison des activités de M. B _____ et M. K _____ en tant que liquidateurs, respectivement commissaires au sursis, à hauteur de 15'194'214 fr. 60, à ce qu'il soit ordonné l'interruption de prescription des prétentions à l'encontre de P _____ SA et à l'encontre de l'Etat de Genève, à ce qu'il soit ordonné que les prétentions de A _____ SA contre P _____ SA et contre l'Etat de Genève en raison des activités de M. B _____ et M. K _____ en tant que liquidateurs respectivement commissaires soient offertes en cession aux créanciers selon les art. 325 et 260 LP à défaut d'exercice des prétentions par la masse, et, subsidiairement, à ce que la cause soit renvoyée à des autorités de poursuite non tenues en l'espèce à récusation pour que nouvelle décision soit prise.

D.c. Par ordonnance du 16 avril 2007, la Commission de céans a rejeté la demande d'effet suspensif et la requête de mesures provisionnelles tendant à « *l'envoi d'un*

commandement de payer à l'encontre de P _____ SA à hauteur de 15'194'214 fr. 60 et d'un commandement de payer à l'encontre de l'Etat de Genève à hauteur de 15'194'214 fr. 60 aux fins d'interrompre la prescription des prétentions dont il a demandé qu'elles soient inventoriées », assortissant la plainte de M. A _____ du 13 avril 2007.

- D.d. Sur réquisition de M. A _____ du 13 mars 2007, l'Office des poursuites a, dans le cadre de la poursuite n° 07 xxxx05 G, notifié le 4 mai 2007 à l'Etat de Genève un commandement de payer la somme de 87'242 fr. 33 avec intérêts à 5% l'an dès le 20 mars 1998. Le commandement de payer indique sous la rubrique « *titre et date de la créance, cause de l'obligation* » : « *Responsabilité de l'Etat selon l'article 5 LP [suite] à la gestion calamiteuse de MM. B _____ et K _____ en tant que commissaires au sursis puis de liquidateurs, de la liquidation d'A _____ SA Générale d'Entreprises. M. A _____ est colloqué en tant que créancier de 3^e classe à raison de CHF 436'211, 66 et demande le 20% de ce montant, soit la différence entre le dividende prévu au moment de l'octroi du sursis concordataire (20%) et celui définitivement accordé (0%).* »

Cet acte a été frappé d'opposition.

- D.e. Dans ses observations du 21 mai 2007, A _____ SA a conclu, sous suite de dépens, au rejet de la plainte de M. A _____.

A l'appui de ses conclusions, A _____ SA expose, en substance, que la prétention contre P _____ SA (anciennement S _____ SA), de même que celle à l'encontre de l'Etat de Genève ne seraient ni des droits patrimoniaux de A _____ SA existant au moment de l'homologation du concordat ni des droits qui lui écheraient avant la clôture de la liquidation ni même des prétentions dont la masse serait titulaire. Ces prétentions ne seraient ainsi, de par leur nature, pas constitutives d'actifs de la masse pouvant être cédés à M. A _____. Ce serait donc à bon droit que les liquidateurs ont refusé de les porter à l'inventaire.

- D.f. Par courrier du 21 mai 2007, le conseil de M. A _____ a produit un chargé de pièces complémentaires, soit une copie de l'arrêt de la Cour de justice du 11 mai 2007 (cf. let. C.b. ci-dessus), ainsi que la situation patrimoniale de A _____ SA au 31 décembre 2000.

Par le même courrier, ledit conseil a encore dénoncé un certain nombre de faits afférents à la liquidation concordataire. Cette dénonciation a été complétée par un courrier subséquent du 29 mai 2007. Au vu desdits courriers, la Commission de céans a ouvert une procédure de dénonciation indépendante de la présente procédure de plainte et portant le numéro de cause A/2001/2007. C'est dans le cadre de cette cause, actuellement pendante, que les faits dénoncés dans les courriers précités sont examinés, dans la mesure où ils ne l'ont pas d'ores et déjà été dans la cause A/958/2003 (cf. let. C.c. ci-dessus).

EN DROIT

1. Les décisions du ou des liquidateur(s) d'un concordat par abandon d'actif peuvent être déférées, suivant leur nature, soit à la commission des créanciers par la voie du recours interne de l'art. 320 al. 2 LP, soit à la Commission de céans par la voie de la plainte au sens de l'art. 17 LP (Dominique Junod Moser / Louis Gaillard, in CR-LP, ad art. 317 n° 20 ; ATF 130 III 769 consid. 1, JdT 2007 II 137). La voie du recours interne à la commission des créanciers est toutefois limitée aux décisions des liquidateurs relatives à la réalisation des actifs (Dominique Junod Moser / Louis Gaillard, in CR-LP, ad art. 320 n° 13 s. ; BLSchK 1997 p. 232)

Dirigée contre une décision des liquidateurs refusant l'inventorisation d'une créance, la Commission de céans est compétente pour connaître de la plainte. Cette dernière a, pour le surplus, été déposée en temps utile par une personne ayant qualité pour agir par cette voie et dans les formes prescrites (art. 17 al. 2 LP ; art. 10 al. 1 et 13 LaLP).

Elle est donc recevable.

- 2.a. Aux termes de l'art. 299 al. 1 LP, aussitôt après sa nomination, le commissaire au sursis dresse l'inventaire des biens du débiteur et procède à leur estimation. Les dispositions régissant l'établissement de l'inventaire dans la faillite (art. 197 et 221 LP ; 25 ss OAO) sont applicables par analogie dans le cadre d'un concordat par abandon d'actif (Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 299 n° 10 et 12 ; Lucien Gani, in CR-LP, ad art. 299 n° 3 ; Carl Jaeger / Hans Ulrich Walder / Thomas M. Kull / Martin Kottmann, in SchKG III, ad art. 299 n° 3 s. et 6).
- 2.b. En cas de faillite, l'Office inventorie tous les biens qui se trouvent chez le failli (art. 221 LP), y compris, en particulier, les créances du failli contre des tiers, qu'elles soient contestées ou non, ainsi que les droits et prétentions de la masse, telles que les prétentions en responsabilité contre un organe du failli et les prétentions révocatoires (François Vouilloz, in CR-LP ad art. 221 n° 4 ss, spéc. 11 et 12 et les références citées ; Walter A. Stoffel, Voies d'exécution, § 11 n° 55).

En revanche, selon la jurisprudence de l'ancienne Chambre des poursuites et des faillites du Tribunal fédéral, une prétention en dommages-intérêts contre l'administration de la faillite en raison de sa responsabilité pour les actes relevant de ses tâches n'est pas un droit existant en faveur de la masse qui doit être porté à l'inventaire (ATF 114 III 21 consid. 5, JdT 1990 II 43 ; ATF 43 III 281, JdT 1918 II 13). Une telle prétention ne tombe pas dans la masse car ce n'est ni un droit patrimonial du failli existant au moment de l'ouverture de la faillite ni un droit qui lui échoit avant la clôture de la faillite. Il ne s'agit pas non plus d'un droit spécifique dont la masse est titulaire en tant que telle, comme les prétentions

révocatoires, ou qu'elle a seule qualité pour exercer. Il s'agit bien plutôt d'une prétention commune de la communauté des créanciers contre certains de ses organes légaux, les créanciers composant la masse passive en étant les créanciers collectifs (note de bas de page n° 3 ad JdT 1990 II 46 ; ATF 43 III 281, 285 s., JdT 1918 II 13, 17).

- 2.c. Pour dresser l'inventaire, l'Office se fonde, notamment, sur les livres comptables et les papiers d'affaires qu'il a pris sous sa garde (art. 223 al. 2 LP), l'interrogatoire du failli (art. 37 let. a OAOF), les envois postaux adressés au failli ou expédiés par lui (art. 38 OAOF), les allégations des créanciers, sans égard à l'opinion qu'il peut avoir sur l'appartenance du droit patrimonial à la masse active (Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 221 n° 11 ss et ad art. 242 n° 9 ; cf. ég. François Vouilloz, in CR-LP, ad art. 221 n° 3 et n° 16 ss). Lorsque l'existence d'un droit ou son appartenance à la masse est litigieuse, l'Office doit s'en tenir aux allégations des créanciers et inventorier le droit dans la masse (ATF 104 III 23 consid. 2, JdT 1980 II 30 ; cf. ég. ARGVP 2000, p. 114 ; REP 1999, p. 287 ; PKG 1997, p. 127 consid. 2 ; ZGGVP 1995, p. 84 consid. 1b) ; BJM 1994, p. 144 consid. 2). Il reviendra ensuite à la masse de décider de faire valoir la prétention ou y renoncer. En cas de renonciation, les créanciers qui le demanderont obtiendront qu'il leur soit fait cession de la prétention de façon à pouvoir poursuivre la réalisation du droit litigieux en lieu et place de la masse (art. 260 al. 1 LP ; ATF 104 III 23 précité). Dans l'hypothèse d'un concordat par abandon d'actif, la compétence de la décision de renonciation appartient aux liquidateurs et à la commission de créanciers (art. 325 LP ; PKG 1999, p. 27 consid. 4 ; Dominique Junod Moser / Louis Gaillard, in CR-LP, ad art. 325 n° 7 et les références citées ; Daniel Hunkeler, Das Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG, Fribourg 1996, n° 1121, p. 291 s. ; Jean-Luc Tschumy, Quelques réflexions à propos de la cession des droits de la masse au sens de l'art. 260 LP, in JdT 1999 II 34 ss, note 27 ad p. 39).

La seule hypothèse reconnue par la jurisprudence permettant à l'Office de refuser d'inventorier un droit est l'incessibilité manifeste, absolument patente, dudit droit (ATF 81 III 122, 123, JdT 1956 II 25 ; ATF 58 III 113, JdT 1933 II 11 ; Isabelle Romy, in CR-LP ad art. 197 n° 4).

L'inventaire, même reconnu et signé par le failli (art. 228 LP ; art. 29 et 30 OAOF), peut être rouvert et complété jusqu'à la clôture de la faillite (DCSO/458/03 du 27 octobre 2003 consid. 3 et 5.b ; DCSO/78/2005 du 2 février 2005 consid. 3.a).

- 2.d. Peuvent faire l'objet d'une cession au sens de l'art. 260 LP (applicable au concordat par abandon d'actif par renvoi de l'art. 325 LP), tous les droits appartenant au failli à l'ouverture de la faillite ou qui lui échoient plus tard mais avant la clôture de la faillite ou encore dont la masse est elle-même titulaire, à la condition que ces droits soient litigieux ou douteux et susceptibles d'aboutir à un

accroissement du patrimoine de la masse ainsi qu'à une réalisation (Jean-Luc Tschumy, op. cit., in JdT 1999 II 36 ; cf. ég. Pierre-Robert Gilliéron, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, n° 2045 s., p. 381).

Conformément à la jurisprudence de l'ancienne Chambre des poursuites et des faillites du Tribunal fédéral, une prétention en responsabilité pour les actes relevant des organes visés par l'art. 5 LP ne constitue en revanche pas un droit de la masse susceptible d'être cédé conformément à l'art. 260 LP. Cette prétention est un droit qui appartient à chaque créancier dans la mesure du préjudice subi par lui (ATF 114 III 21 consid. 5b) et c), JdT 1990 II 43, 46 s. ; ATF 43 III 281, 285 s., JdT 1918 II 13, 17 ; ATF 44 III 106, JdT 1918 II 125, 127 s. ; ZR 18/1919 n° 101 consid. 3 ; apparemment *contra* : arrêt de la II^{ème} Cour civile du Tribunal fédéral du 30 octobre 1980 publié aux ATF 106 II 320 consid. 4, JdT 1982 II 115).

- 3.a. En l'espèce, il convient, à teneur de la jurisprudence susrappelée, de déterminer si les prétentions que le plaignant entend voir inventorier sont susceptibles de faire l'objet d'une cession ou sont, au contraire, manifestement incessibles.
- 3.b. S'agissant, premièrement, de la prétention contre P_____ SA (anciennement S_____ SA), le plaignant considère qu'elle fait partie de la masse de A_____ SA dans la mesure où elle découle de la violation d'un contrat de mandat donné par cette dernière à S_____ SA. Le plaignant conteste en cela la position de A_____ SA consistant à dire que ledit mandat a été conféré non pas par elle mais par H_____ SA. Aux fins d'établir la conclusion du mandat avec A_____ SA, le plaignant allègue et prouve que S_____ SA a produit sa créance d'honoraires non pas dans le concordat de H_____ SA, mais dans celui de A_____ SA.

Comme elle l'a retenu dans la partie « EN FAIT » ci-dessus, suivant en cela l'arrêt de la Cour de justice du 11 mai 2007, force est d'admettre que S_____ SA a été mandatée par H_____ SA et non par A_____ SA. La pièce n° 4 produite par le plaignant porte en effet, en deuxième page, la contre-signature de deux représentants de H_____ SA et ne fait aucune mention de A_____ SA mais bien plutôt du « Groupe A_____ ».

N'étant pas formellement partie au contrat de mandat en cause, la qualité de A_____ SA pour faire valoir d'éventuelles prétentions contractuelles à l'encontre de S_____ SA apparaît douteuse. Reste toutefois que A_____ SA était détenue à 100 % par H_____ SA et que S_____ SA a produit sa créance d'honoraires découlant de l'exécution dudit mandat dans le concordat de A_____ SA. Ces deux éléments empêchent la Commission de céans de considérer, dans la mesure de son pouvoir de cognition, que la prétention que le plaignant entend voir inventorier à l'encontre du successeur de S_____ SA ne constitue pas, de manière absolument évidente, un actif de la masse de A_____ SA susceptible d'être cédé. Le degré de certitude requis par la jurisprudence du Tribunal fédéral

rappelée au considérant 2.c. quant au caractère manifestement incessible de la prétention en cause n'apparaît dès lors pas atteint.

Dans ces conditions, c'est à tort que les liquidateurs ont refusé de donner suite à la demande de M. A _____ d'inventorier une prétention à l'encontre de S _____ SA. La plainte doit donc être admise sur ce point.

S'agissant du montant à inventorier à ce titre, lequel n'était pas précisé dans la demande précitée, il y a lieu de retenir celui de 15'194'214 fr. 60 indiqué dans la plainte, dans la mesure où, au stade de l'établissement ou du complètement de l'inventaire, il suffit de se fonder sur les allégations des créanciers (consid. 2.c. ci-dessus ; Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 221 n° 11 ss et ad art. 242 n° 9).

- 3.c. En ce qui concerne, deuxièmement, la prétention contre l'Etat de Genève, le plaignant la fonde sur les nombreux manquements qu'auraient commis les commissaires puis les liquidateurs dans le cadre du concordat par abandon d'actif de A _____ SA et qu'il a d'ores et déjà dénoncés à la Commission de céans, aux côtés de S _____ SA, dans la cause A/958/2003, aujourd'hui close. Selon le plaignant, lesdits manquements seraient de nature à entraîner la responsabilité de l'Etat de Genève au sens de l'art. 5 LP.

Dirigée contre des organes officiels chargés de la procédure concordataire, force est d'admettre que c'est à bon droit que les liquidateurs ont refusé de porter ladite prétention à l'inventaire. Le Tribunal fédéral a en effet clairement retenu que, de par sa nature, une telle prétention ne constitue pas un avoir de la masse en faillite. N'étant en soi pas cessible, elle ne peut être inventoriée (ATF 114 III 21 consid. 5b) et c)). Le caractère manifestement incessible de la prétention contre l'Etat de Genève que le plaignant entend faire inventorier conduit à rejeter sa plainte, mal fondée sur ce point.

C'est le lieu de rappeler que l'action en dommages-intérêts de l'art. 5 LP appartient au créancier lésé en propre (BISchK 1952, p. 75) et que la voie de la plainte ne saurait être utilisée pour préparer celle-ci (cf. p. ex. DCSO/634/2006 du 2 novembre 2006 consid. 6 ; BISchK 1978, p. 110). S'il s'y estime fondé, le plaignant doit saisir le Tribunal de première instance, seul compétent pour connaître de ses conclusions en responsabilité contre les organes du concordat (art. 40A LaLP ; cf. ATF 114 III 21 consid. 5b)). Au reste, force est de constater que le plaignant est parfaitement conscient des principes susrappelés dans la mesure où, avant même que les liquidateurs refusent d'inventorier la prétention considérée, il a accompli les premières démarches liées à la procédure qu'il entend manifestement intenter à l'Etat de Genève en requérant une poursuite à son encontre.

- 4.a. La plainte a un effet dévolutif, en ce sens que la mesure attaquée devient de la compétence de la Commission de céans, qui peut soit l'annuler, soit encore

astreindre l'autorité de poursuite à accomplir l'acte refusé (Pauline Erard, in CR-LP, ad art. 17 n° 60 et ad art. 21 n° 3 ss).

- 4.b. En l'espèce, les liquidateurs seront invités à donner suite à la requête du plaignant du 5 mars 2007 tendant à ce qu'une prétention à l'encontre de P _____ SA (anciennement S _____ SA) soit portée à l'inventaire de A _____ SA en liquidation concordataire (consid. 3.b. ci-dessus). Dans cette mesure, les liquidateurs n'ayant qu'à déférer à l'injonction qui leur est ainsi faite, la conclusion du plaignant tendant à leur récusation s'agissant de l'inventorisation de la prétention considérée est devenue sans objet.

Le plaignant conclut toutefois à ce que les liquidateurs se récusent « *pour toute matière* » concernant ladite prétention. Or, comme il a été relevé plus haut, les liquidateurs et la commission des créanciers doivent encore prendre une décision relativement à la renonciation à la faire valoir. Conformément au texte allemand de l'art. 325 LP, cette décision n'est pas d'abord prise par les liquidateurs, puis, à la suite d'un recours de l'art. 320 al. 2 LP, par la commission des créanciers, mais bien plutôt par ces deux organes en même temps (Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 325 n° 8 ; Dominique Junod Moser / Louis Gaillard, in CR-LP, ad art. 325 n° 7 et les références citées). Il convient dès lors d'examiner si les liquidateurs devront ou non se récuser s'agissant de la décision qu'ils sont censés prendre aux côtés de la commission des créanciers conformément à l'art. 325 LP (cf. consid. 5 ci-dessous).

C'est ici encore le lieu de relever que les questions relatives tant à la récusation qu'à la cession des droits sont devenues sans objet au vu du sort réservé aux conclusions du plaignant tendant à l'inventorisation d'une prétention à l'encontre de l'Etat de Genève (cf. consid. 3.c. ci-dessus).

- 5.a. Les liquidateurs d'un concordat par abandon d'actif sont soumis à l'art. 10 LP par renvoi de l'art. 320 al. 3 LP (Louis Dallèves, in CR-LP, ad art. 10 n° 4 ; Dominique Junod Moser / Louis Gaillard, in CR-LP, ad art. 320 n° 22).

L'art. 10 LP prévoit une récusation obligatoire dans les cas énumérés à son alinéa 1 chiffres 1 à 4, notamment lorsque les propres intérêts de l'organe visé sont en jeu (ch. 1) ou lorsque ce dernier pourrait avoir une opinion préconçue dans l'affaire (ch. 4). Il s'agit notamment d'assurer une activité objective des organes de poursuite et, plus particulièrement, d'éviter les conflits d'intérêts (cf. ATF 104 III 1, JdT 1980 II 19). Il suffit que les circonstances donnent l'apparence de la prévention et fassent redouter une activité partielle de l'organe en cause. Seules les circonstances constatées objectivement doivent être prises en considération (Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 10 n° 40). En d'autres termes, la seule apparence d'un possible conflit d'intérêts suffit sans qu'il soit nécessaire de le prouver (Louis Dallèves, in CR-LP, ad art. 10 n° 8).

La récusation peut être requise par tout intéressé par le biais d'une plainte à l'autorité de surveillance (Louis Dallèves, in CR-LP, ad art. 10 n° 9). Ladite autorité est en particulier compétente pour connaître des différends relatifs au devoir de récusation des liquidateurs d'un concordat par abandon d'actif (Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 10 n° 21). Elle peut récuser l'organe visé non seulement s'agissant de l'acte querellé, mais également pour la suite de la procédure (Louis Dallèves, in CR-LP, ad art. 10 n° 11 s.)

- 5.b. En l'espèce, tous les griefs du plaignant se focalisent sur la personne de M. B_____. Il n'allègue aucun fait pouvant faire douter, même au stade de la vraisemblance, de l'impartialité de M. K_____. Dans ces conditions, seule la question de la récusation de M. B_____ sera examinée ci-après.

M. B_____ a été associé de S_____ SA, ingénieur et responsable du conseil d'entreprise pour la Suisse romande. Il a été responsable de l'exécution du mandat confié en 1997 par H_____ SA, au titre duquel le plaignant entend précisément se voir céder les droits de la masse. De ce simple fait, il apparaît évident que M. B_____ est au centre d'un conflit d'intérêts qui l'empêche de décider, de manière objective et impartiale, sur toutes questions relatives à la prétention inventoriée contre P_____ SA (anciennement S_____ SA), soit notamment sur le sort de la demande de cession du plaignant.

Il y a donc lieu, à cet égard, d'inviter M. B_____ à se récuser.

- 6.a. L'administration de la faillite – respectivement les liquidateurs – est tenue de prendre dès l'ouverture la faillite – respectivement dès l'homologation du concordat – les mesures nécessaires pour sauvegarder les intérêts de la masse (art. 240 LP). L'une de ces mesures consiste à interrompre en temps utile la prescription des créances inventoriées. Les créanciers peuvent exiger de l'administration – ou des liquidateurs – qu'elle interrompe la prescription (ATF 116 II 158 consid. 5, JdT 1991 I 58 et JdT 1992 II 180).
- 6.b. En l'espèce, le plaignant conclut à ce qu'il soit ordonné d'interrompre la prescription des prétentions à l'encontre de P_____ SA et de l'Etat de Genève.

Dans la mesure où il a été retenu ci-dessus que la prétention contre l'Etat de Genève ne constitue pas un actif de la masse à inventorier, la conclusion du plaignant susrappelée est devenue sans objet. Quoiqu'il en soit, la Commission de créanciers constate que, dès avant le dépôt de sa plainte, le plaignant avait interrompu la prescription par le biais de la poursuite qu'il a lui-même requise à l'encontre de l'Etat de Genève le 13 mars 2007.

S'agissant de la prétention contre P_____ SA (anciennement S_____ SA), force est d'admettre que la question de l'interruption de la prescription est directement liée au point de savoir si M. K_____ et la commission des créanciers décideront de faire valoir ou non ladite prétention, respectivement décideront de faire droit ou

non à la demande de cession du plaignant. Les précités seront donc invités à rendre une décision à cet égard. Ladite décision devra être rendue à brève échéance, en tenant compte du délai de prescription s'appliquant aux créances contractuelles, étant rappelé que S _____ SA a œuvré d'avril 1997 à mars 1998 et que son mandat initial s'est achevé le 26 août 1997 (cf. partie « EN FAIT », let. B.a.). S'il devait être renoncé à faire valoir la prétention considérée, la cession devra être opérée aux conditions des art. 325 et 260 LP en faveur du plaignant, lequel sera alors en mesure d'entreprendre les démarches propres à interrompre la prescription. En cas contraire, M. K _____ et la commission des créanciers devront entreprendre toutes démarches utiles propres à recouvrer la prétention en cause en ayant gare au délai de prescription qui lui est applicable.

Dans ces conditions, la conclusion 4 du plaignant doit être rejetée.

7. Il est statué sans frais ni dépens (art. 20a al. 2 ch. 5 LP, 61 al. 2 let. a, 62 al. 2 OELP).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COMMISSION DE SURVEILLANCE
SIÉGEANT EN SECTION :**

A la forme :

Déclare recevable la plainte formée le 13 avril 2007 par **M. A_____** contre la décision des liquidateurs d'**A_____ SA Générale d'Entreprises en liquidation concordataire** rendue le 2 avril 2007.

Au fond :

1. L'admet partiellement.
2. Invite les liquidateurs d'**A_____ SA Générale d'Entreprises en liquidation concordataire** à porter à l'inventaire une prétention contre **P_____ SA** (anciennement **S_____ SA**) à concurrence de 15'194'214 fr. 60.
3. Dit que **M. B_____** doit se récuser s'agissant de toutes décisions relatives à la prétention visée sous chiffre 1 ci-dessus.
4. Invite **M. K_____** et la commission des créanciers d'**A_____ SA Générale d'Entreprises en liquidation concordataire** à statuer, dans le sens des considérants, sur la demande de cession faite par **M. A_____** relativement à la prétention visée sous chiffre 1 ci-dessus.
5. Déboute les parties de toutes autres ou contraires conclusions.

Siégeant : M. Grégory BOVEY, président ; M. Philipp GANZONI, juge assesseur ;
M. Yves DE COULON, juge assesseur suppléant.

Au nom de la Commission de surveillance :

Marisa BATISTA
Greffière :

Grégory BOVEY
Président :

La présente décision est communiquée par courrier recommandé aux parties par la greffière le