

Date de dépôt : 29 septembre 2011

Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil sur la pétition : New Morning SA

Mesdames et
Messieurs les députés,

En date du 21 février 2002, le Grand Conseil a renvoyé au Conseil d'Etat une pétition dont le libellé est le suivant :

Pétition (1176)

New Morning SA

Nous soussignés, ex-employés du New Morning SA, soutenus par des amis, ex-clients du New, sympathisants, citoyens et habitants du canton de Genève:

Las, démoralisés, parfois désespérés, mais encore suffisamment révoltés par les pratiques illégales et irresponsables de l'office des faillites et de la Banque cantonale de Genève (BCGe), nous avons décidé de lancer cette pétition afin de faire valoir nos droits.

Constatant :

- 1. des irrégularités dans la gestion de la faillite du New Morning SA;*
- 2. les tentatives de l'office des faillites de liquider la masse en faillite du New Morning SA en favorisant le créancier gagiste BCGe au détriment des employés;*
- 3. le manque de transparence au sujet de l'acompte versé lors de la vente du fonds de commerce du New Morning SA, détourné de sa destination, soit le paiement des salaires;*
- 4. la mainmise de la BCGe sur l'office des faillites;*

5. *l'inefficacité de l'autorité de surveillance des offices de faillites (diverses plaintes ont été déposées, sans suite),*

nous invitons le Grand Conseil

à intervenir pour faire toute la lumière sur :

- le travail de l'office des faillites dans le dossier de la faillite du New Morning SA, plus particulièrement tous les aspects de la vente du fonds de commerce en 1993/94, et l'exploitation par les acheteurs pendant 14 mois avec un chiffre d'affaires total de 3 000 000 F environ, en lien avec l'absence de tout actif à ce jour pour permettre de désintéresser les ex-employés;*
- le rôle exact de la BCGe et de la société de portage Capital Immobilier SA dans la liquidation de la faillite.*

Genève Zone

Case postale 94

1211 Genève 28

RÉPONSE DU CONSEIL D'ÉTAT

Cette pétition, déposée le 3 novembre 1997 auprès du Grand Conseil, porte sur la gestion déplorable menée à l'époque par l'ancien Office des poursuites et des faillites Arve-Lac des dossiers de faillites du New Morning SA et de la SI Coulouvrenière-Rhône.

Contexte du dépôt de la pétition

Ce dossier avait alimenté à l'époque l'affaire dite des OPF, qui avait amené alors le Grand Conseil, après de nombreux travaux et débats, à adopter une révision de la loi d'application de la loi sur la poursuite pour dette et la faillite, entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2002 (loi 8658, du 21 février 2002). La modification intervenue réformait en profondeur l'organisation des Offices et dotait en moyens accrus leur autorité de surveillance, rebaptisée alors Commission de surveillance des OPF.

La pétition demandait en substance au Grand Conseil d'intervenir pour faire toute la lumière sur le travail de l'Office des faillites Arve-Lac dans la

gestion du dossier du New Morning SA, ainsi que sur le rôle exact de la Banque cantonale de Genève et d'une société de portage dans la liquidation de la faillite.

Dans son rapport daté du 27 novembre 2001, la Commission de contrôle de gestion, chargée à l'époque d'examiner la présente pétition et disposant pour ce faire du rapport final de l'Inspection cantonale des finances relatif aux Offices des poursuites et des faillites (rapport n° 01-22 du 31 août 2001, p. 163), avait conclu que l'Etat devait indemniser de manière complète les anciens employés du New Morning, en raison de la gestion émaillée de graves dysfonctionnements du gestionnaire M.V.D. en charge de ces dossiers. Par ailleurs, la Commission avait estimé que ce collaborateur devait être sanctionné et tenu au remboursement à l'Etat du montant de l'indemnisation à verser aux employés du New Morning.

Le renvoi au Conseil d'Etat le 21 février 2002 des conclusions du rapport de la Commission de contrôle de gestion concernant la présente pétition avait coïncidé avec l'adoption de la loi précitée réformant l'organisation des Offices. A cette occasion, la conseillère d'Etat chargée du département de justice, police et sécurité et responsable des OPF – rattachés depuis fin 2009 au département des finances –, avait annoncé au Grand Conseil une réponse dans les délais habituels, eu égard notamment à l'action civile pendante menée par les anciens employés du New Morning à l'encontre de l'Etat de Genève (MGC du 21 février 2002, p. 1104).

Détermination du Conseil d'Etat

L'examen rétrospectif de l'affaire du New Morning, à la lumière des constatations et conclusions contenues dans le rapport détaillé de l'ICF du 31 août 2001 et sur la base des documents encore disponibles à ce jour, amène le Conseil d'Etat à partager globalement le point de vue et les conclusions prises à l'époque par la Commission de contrôle de gestion, sur lesquelles il n'y a pas lieu de revenir.

Le traitement des dossiers de faillites du New Morning SA et de la société détenant les murs de cet établissement, la SI Coulouvrenière-Rhône, procédait d'une gestion déficiente, risquée et affectée de nombreuses décisions et actes illégaux qui étaient préjudiciables aux intérêts des créanciers des masses en faillite concernées, dont les employés du New Morning.

A la mise à disposition gratuite et sans aucune garantie financière accordée par le gestionnaire de l'Office des faillites au repreneur envisagé de l'exploitation du New Morning, s'est ajouté, sous son autorité, une évacuation

illégale des occupants de l'immeuble. De manière à s'éviter une condamnation pénale, le gestionnaire, ayant enfin reçu du repreneur un acompte de 190 000 francs à valoir sur le paiement du prix de vente convenu de 450 000 francs, donna alors instruction, en échange du retrait de la plainte pénale le concernant, qu'une partie de ce montant, soit 110 000 francs, fût versée aux occupants de l'immeuble évacués indûment. Ce paiement avait été effectué au préjudice des deux masses en faillite précitées, étant relevé de surcroît qu'en raison du flou comptable entourant la gestion de ces deux dossiers et de la perméabilité des masses qui les composaient, l'attribution de l'acompte versé par le repreneur demeurait peu claire et donc sujette à contestation.

Entre-temps, ensuite d'importantes négociations menées par l'avocat des employés du New Morning avec le département de tutelle concerné, ces derniers ont été indemnisés au mois de janvier 2003, par le versement d'un montant de 110 000 francs.

Le gestionnaire, parti à la retraite au mois de mai 2001, n'a fait à l'époque l'objet d'aucune sanction ni action récursoire. Quelle que soit la justification de ce dénouement, il apparaît au fond que les errements multiples dont a fait preuve l'intéressé procédaient autant d'une incompétence de sa part et d'une inadéquation entre sa personne et la fonction qu'il occupait, que d'une absence fautive d'encadrement, de supervision et de contrôles adéquats de la part de sa hiérarchie.

Au bénéfice de ces explications, le Conseil d'Etat vous invite, Mesdames et Messieurs les députés, à prendre acte du présent rapport.

AU NOM DU CONSEIL D'ÉTAT

La chancelière :
Anja WYDEN GUELPA

Le président :
Mark MULLER

Annexe : Rapport de la commission de contrôle de gestion P 1176-A

*ANNEXE***Secrétariat du Grand Conseil****P 1176-A***Date de dépôt: 27 novembre 2001**Messagerie***Rapport****de la Commission de contrôle de gestion chargée d'étudier la
pétition « New Morning SA »****Rapporteure : M^{me} Jeannine de Haller**

Mesdames et
Messieurs les députés,

Lors de ses débats sur la situation des Offices des poursuites et faillites (OPF), la Commission de contrôle de gestion a évoqué la pétition 1176 à plusieurs reprises, les 15 novembre 1999, 17 janvier, 6 mars et 28 août 2000, 2 et 9 avril, 10 septembre et 26 novembre 2001, sous les présidences successives de M^{me} Alexandra Gobet, de M. Michel Balestra, de M^{me} Salika Wenger et de M. Pierre Froidevaux. Les procès-verbaux ont été tenus par M^{mes} Eliane Monin et Anne-Marie Fiore, ainsi que par MM. Jean-Luc Constant et Carlos Orjales, que je remercie chaleureusement pour leur excellent travail.

La pétition 1176 a été déposée au tout début de la précédente législature, le 3 novembre 1997. Elle a été attribuée dans un premier temps à la Commission des pétitions. Celle-ci l'a renvoyée à la Commission judiciaire qui, pour des raisons non éclaircies à ce jour, ne l'a pas traitée.

C'est finalement la Commission de contrôle de gestion qui a été saisie de cette pétition par décision du Grand Conseil dans sa séance du 18 novembre 1999. En effet, les auteurs de la pétition se plaignaient de manquements et d'irrégularités de l'Office des poursuites et faillites (OPF) –

en l'occurrence l'Office Arve-Lac –, sujet qui occupait précisément la Commission de contrôle de gestion à cette époque.

Il ressort de l'audition de M^e Membrez, avocat, conseil de douze anciens employés du New Morning SA, et des pièces recueillies de façon à élucider les faits, que l'Office des faillites Arve-Lac a été chargé de la liquidation de l'établissement New Morning lors de sa faillite survenue en février 1992. Deux sociétés en faillite faisaient notamment l'objet de la liquidation :

- New Morning SA, propriétaire du fonds de commerce, dont les créanciers à désintéresser les premiers étaient et sont toujours les ex-employés de l'établissement,
- SI Coulouvrenière-Rhône, propriétaire de l'immeuble, dont la créancière était la Banque Cantonale Genevoise (BCG).

En novembre 1993, le fonctionnaire de l'Office des faillites en charge du dossier, M. V.D., a proposé aux créanciers du New Morning SA de vendre de gré à gré le fonds de commerce pour 450 000 francs (50 000 francs pour le mobilier inventorié et 400 000 pour la clientèle et l'enseigne). Les créanciers ont accepté bien que le prix fut inférieur à celui qu'offraient d'autres acheteurs intéressés. Le prix de vente de 450 000 francs permettait de payer tous les salaires (1^{re} classe), représentant environ 250 000 francs (cf. annexes 1, 2 et 3).

Deux premières irrégularités

L'acheteur s'est avéré être M. Jean-Jacques Fradkoff, commerçant dans les domaines du tabac et des diamants. Celui-ci agissait toutefois comme agent fiduciaire pour une autre personne, M. Beat Fritz, ce que l'Office des faillites savait puisque traitant avec ce dernier. M. Fritz rouvrit l'établissement en date du 3 décembre 1993 à minuit, sans qu'il n'ait toutefois versé un seul centime à l'Office des faillites, ni donné aucune garantie.

Nous constatons ici qu'il y a eu transaction avec une fiduciaire qui s'apparente à un homme de paille, et qu'en outre, malgré les circonstances, des actifs ont été libérés par l'Office des faillites sans paiement et sans garanties malgré la particularité de l'organisation des acheteurs et la réputation de M. Fritz. Il semble qu'il y ait ainsi clairement deux fautes de gestion commises par le fonctionnaire de l'Office, M. V.D.

Selon le rapport N° 01-22 de l'Inspectorat cantonal des finances (ICF), « la mise à disposition gratuite des actifs du New Morning SA, décidée par l'OPF au profit des repreneurs, n'est pas conforme au devoir de préservation

des intérêts de la masse. » De plus, « autoriser gratuitement l'exploitation d'un bien pour permettre à l'acheteur potentiel de se procurer des fonds destinés à l'achat de ce même bien (...) correspond à un rabais occulte du prix de vente. (...) La masse du New Morning n'a reçu aucune contre-prestation pour la mise à disposition de ses actifs. (...) La responsabilité de l'Etat envers les créanciers, pour manquement aux devoirs de préservation des intérêts de la masse, pourrait être engagée si ceux-ci parviennent à prouver leur dommage. » (rapport de l'ICF N° 01-22, page 174).

Troisième irrégularité

M. Fritz ayant exigé à l'époque de pouvoir disposer de bureaux au-dessus du New Morning, le fonctionnaire de l'Office des faillites, M. V.D., lors de la remise des locaux à M. Fritz en 1993, avait demandé à son huissier d'évacuer les bureaux qui étaient situés au-dessus de l'établissement, de déménager les effets qui s'y trouvaient et de changer les cylindres, bien que ces bureaux aient été loués à des tiers. Pour ce faire, l'huissier de l'Office des faillites était accompagné d'un juriste de la Banque Cantonale de Genève (BCG) (cf. annexe 4).

Nous relevons donc une troisième faute, soit l'évacuation illicite des locaux loués, relevant cette fois du Code pénal. Les locataires lésés n'ont d'ailleurs pas manqué de déposer une plainte pénale contre M. V.D. et les deux autres acteurs de l'activité illicite, en date du 22 février 1994. Une ordonnance de réintégration a été rendue peu de temps après par le Parquet du Procureur général.

Le fonctionnaire de l'Office des faillites se trouvait ainsi, au début 1994, dans une situation très délicate. D'un côté, il affrontait les questions des ex-employés qui s'étonnaient de ne pas toucher de dividende malgré la vente des actifs. De l'autre, il faisait l'objet d'une plainte pénale, ainsi que son huissier et un juriste de la BCG. Pendant ce temps, M. Fritz encaissait chaque soir la recette d'exploitation du New Morning, pour l'acquisition de laquelle il n'avait toujours rien payé.

Suite à ces trois fautes, plutôt que de se confier à son supérieur hiérarchique afin de trouver une solution honorable, M. V.D. entreprit une tentative de sauvetage tout seul. Ce manque de confiance illustre bien les dysfonctionnements flagrants de l'Office des faillites Arve-Lac à cette époque.

Quatrième irrégularité

M. V.D., dans sa tentative de s'en sortir tout seul, commit une 4^e faute, encore plus grave que les autres. Alors que M. Fritz s'apprêtait enfin à payer, non pas 450 000 francs, mais un acompte de 190 000 francs sur la vente, M. V.D. lui demanda de verser directement, sans passage par la masse en faillite, 110 000 francs sur cette somme au locataire qui avait déposé plainte contre lui, moyennant retrait de la plainte pénale (cf. annexes 5, 6, 7 et 8) ! Ainsi le fonctionnaire a-t-il détourné la contre-valeur d'un actif de la faillite.

Selon le rapport N° 01-22 de l'ICF, « l'objet des indemnités était la renonciation des locataires à des prétentions qui n'étaient pas dirigées contre l'une ou l'autre masse, mais contre l'Etat, pour les actes illicites commis par ses agents et contre l'agent lui-même. Il n'appartenait dès lors pas à la masse concernée de supporter la charge liée aux indemnités et autres obligations tendant à réparer le dommage allégué par les locataires. D'un autre côté, il appartenait à l'Etat seul de décider s'il voulait engager ses propres deniers pour éviter un conflit ou si, au contraire, il désirait faire face aux prétentions des locataires en exposant, par exemple, que l'OPF était de bonne foi quand il a agi. Ainsi, la masse a supporté des charges qui ne lui incombaient pas, son actif étant diminué d'autant. » (p. 173).

Les 80'000 francs restants ont été attribués par l'OPF aux comptes du New Morning SA, bien que selon l'office, cette somme était en réalité destinée à la masse de la SI Coulouvrenière-Rhône.

Or « la confusion des éléments du patrimoine des masses, comme l'attribution provisoire d'un montant de 80 000 francs à la masse du New Morning SA alors que l'OPF considère qu'il revient à une autre, est expressément interdite » rapporte l'ICF. « Une telle confusion comporte en outre un risque d'erreur dans la détermination finale de la composition de ces masses. Dans l'hypothèse où ce risque se réalise, il existe un risque que les créanciers du failli soient lésés et qu'ils attaquent la décision de l'OPF par diverses voies de droit, voire réclament en conséquence réparation de leur dommage à l'Etat, qui est responsable en application de l'art. 5 LP. Par ailleurs, la méthode utilisée par l'OPF est propre à susciter l'incompréhension des créanciers, voire un sentiment de spoliation s'ils s'aperçoivent qu'un montant versé à leur masse (en tant que « prêt ») est ensuite (à juste titre) attribué à une autre masse (à savoir la masse « prêteuse »). La responsabilité de la situation incombe non seulement au gestionnaire qui a pris la décision, mais également aux membres de la direction de l'office pour n'avoir ni mis en place de directive interne concernant les exigences légales, ni supervisé les dossiers. » (p. 171).

Il n'est bien sûr rien resté de l'acompte de M. Fritz, de telle sorte que le 21 septembre 2000, l'Office des faillites « offrit » aux ex-employés du New Morning SA, au lieu du dividende de 100 % qui leur revenait, un dividende de 3,34 % (cf. annexe 9) ! Il faut savoir en effet que M. Fritz n'exploita le New Morning que jusqu'au printemps 1995 – moment de sa faillite – et qu'il n'a plus rien payé d'autre après les 190'000 francs cités ci-dessus.

Ainsi, l'établissement New Morning a été exploité pendant 18 mois avec un chiffre d'affaires de plusieurs millions de francs, pratiquement gratuitement pour M. Fritz. Quant à sa très mince contribution, elle a été détournée de sa faillite.

Cette quatrième irrégularité étant un détournement d'actifs, les anciens employés déposèrent une plainte pénale pour abus de confiance qualifié, laquelle a cependant abouti à un classement. Le juge d'instruction, puis la Chambre d'accusation, ont en effet estimé que lorsque M. Fritz avait payé 190 000 francs, cet acompte n'était pas destiné à l'achat du fonds de commerce, mais à celui des bureaux situés au-dessus de l'établissement, de sorte que le paiement revenait normalement à la faillite de la SI Coulouvrenière-Rhône et non pas à celle du New Morning (cf. annexe 10).

Il appartenait donc à la BCG de se plaindre d'un abus de confiance qualifié à son égard, elle qui était créancière gagiste de la SI Coulouvrenière-Rhône. Mais elle n'en fit rien, bien entendu, puisque le détournement de 110 000 francs lui profitait dans la mesure où il permettait de lever la plainte pénale du 22 mars 1994 qui visait également son employé.

Cinquième irrégularité

Après la faillite de M. Fritz en 1995, l'Office des faillites a récupéré le fonds de commerce. A cette occasion, une 5^e faute, grave elle aussi, a été commise par M. V.D. : alors que la partie immobilière dépendant de la faillite de la SI Coulouvrenière-Rhône était rachetée en octobre 1996 par une société de portage de la BCG, Le Capital Immobilier, M. V.D. vendait en avril 1997 de gré à gré les actifs du New Morning SA pour un montant de 40'000 francs (cf. annexes 11 et 12) sans répondre aux exigences de l'article 256, alinéa 3 LP, qui prescrit que « les biens de valeur élevée (...) ne sont réalisés de gré à gré que si l'occasion a été donnée aux créanciers de formuler des offres supérieures ». « Cette occasion ne leur a pas été donnée, bien que les actifs (vendus en un seul bloc, ce qui est discutable) comprennent du matériel de valeur et qu'en outre l'offre d'achat ait été plutôt basse. » (ICF p. 174-175).

Dans son rapport, l'ICF précise que le prix de 40 000 francs « semble peu élevé même si ces actifs ne comprenaient plus de goodwill (disparu en raison de la cessation de l'exploitation depuis plus de deux ans). » (p. 171). Les anciens salariés du New Morning SA ont ainsi été une nouvelle fois spoliés par cette vente, dont le prix représentait moins de 10 % de la première offre qu'ils avaient acceptée. Et malgré l'obligation légale existante, ils n'ont pas été consultés.

Conclusions

Ce dossier constitue un gâchis énorme dont les ex-employés du New Morning sont les victimes, leurs salaires n'ayant toujours pas été payés aujourd'hui, neuf ans après la faillite.

En fonction de ce qui précède, la commission estime :

- que de graves dysfonctionnements ont été mis en évidence à l'Office des faillites Arve-Lac dans la gestion de la faillite du New Morning SA ;
- que les victimes directes sont les anciens employés de cette société, à qui l'Office n'a offert un dividende que de 3,34 % après neuf ans, alors qu'il devait être de 100 % après deux ans ;
- qu'il y a eu effectivement, comme le mentionne la pétition, une connivence entre la BCG et l'Office des faillites dans cette affaire ;
- qu'il faut que l'Etat indemnise les anciens employés de façon complète (ceux-ci ont d'ailleurs déposé une demande devant la Chambre de conciliation du Tribunal de première instance) et se porte partie civile dans les procédures pénales mettant en cause les gestionnaires indélicats de la faillite du New Morning ;
- qu'il faut que l'Etat sanctionne M. V.D. pour sa gestion, y compris pour qu'il rembourse l'Etat pour le dommage à payer aux lésés.

Pour toutes ces raisons, Mesdames et Messieurs les député-es, nous vous demandons d'envoyer cette pétition au Conseil d'Etat, pour qu'il y donne la suite qu'elle comporte.