



POUVOIR JUDICIAIRE

DCSO/600/04

DÉCISION

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

DU JEUDI 16 DECEMBRE 2004

Causes jointes A/2332/2004 et A/2370/2004, plaintes 17 LP formées respectivement le 15 novembre 2004 par **SST SA**, élisant domicile en l'étude de Me Frédéric COTTIER, avocat à Genève, et le 19 novembre 2004 par **B_____ et C_____**, élisant domicile en l'étude de Me Yves DE COULON, avocat à Genève, dans la faillite de la société **D_____ & Cie SA**.

Décision communiquée à :

- **SST SA**

domicile élu : Etude de Me Frédéric COTTIER, avocat
Rue du Rhône 66
Case postale 3199
1211 Genève 3

- **B_____ et C_____**

domicile élu : Etude de Me Yves DE COULON, avocat
Rue de Beaumont 11
Case postale 554
1211 Genève 17

- **Masse en faillite D_____ & Cie SA**

domicile élu : Office des faillites
Chemin de la Marbrerie 13
Case postale 1856
1227 Carouge

Tout recours à la Chambre des poursuites et faillites du Tribunal fédéral doit être formé par écrit, déposé en trois exemplaires à la Commission de surveillance des offices des poursuites et des faillites (Rue Ami-Lullin 4, case postale 3840, 1211 Genève 3), accompagné d'une expédition de la décision attaquée, dans les dix jours dès la notification de la présente décision (art. 19 al. 1 LP).

- **E**_____

domicile élu : Etude de Me Guillaume RUFF, avocat
Rue de l'Athénée 26
1206 Genève

- **F**_____ **Ltd**

domicile élu : Etude de Me Clarence PETER, avocate
Rue Firmin-Massot 9
1209 Genève

EN FAIT

- A. Le _____ 2004, le Tribunal de première instance a prononcé la faillite de la société D_____ & Cie SA (CH-1_____), ayant son siège au 2_____ à Genève et ayant pour but l'exploitation d'un commerce de opticien-lunetier, l'achat et la vente de tous instruments de quelque nature que ce soit se rapportant à l'optique, à la microscopie, à l'acoustique et à l'optique de contact et de tous instruments de laboratoires y relatifs.

Après avoir reçu communication de ce jugement le 9 septembre 2004, l'Office des faillites (ci-après : l'Office) a procédé à l'interrogatoire de G_____, administrateur de la faillie, le 15 septembre 2004, et il a fermé l'entreprise. Pour dresser l'inventaire des biens de la faillie, l'Office a mandaté un expert, l'opticien H_____, qui a lui-même fait appel à une spécialiste en matériel optique ancien eu égard au nombre élevé d'objets anciens se trouvant dans l'arcade. Le total des biens estimés, répartis sous 254 rubriques (en plus de 14 objets cités pour mémoire), sera arrêté à 70'009 fr. le 15 octobre 2004.

- B. Sitôt l'information relative à cette faillite parue dans la Feuille d'avis officielle du _____ 2004, l'Office a été contacté par I_____, ancienne collaboratrice de la faillie. En réponse à son souhait d'être renseignée sur les possibilités de reprise des locaux, l'Office l'a renvoyée à s'adresser à la régie J_____ SA, qui gère cet immeuble, propriété de l'Hospice Général. L'Office indique avoir lui-même pris contact avec cette régie, ce même _____ 2004, et en avoir obtenu l'information que l'administrateur de la faillie avait résilié le bail postérieurement au prononcé de la faillite.

Le lundi 27 septembre 2004, B_____ et C_____, se présentant comme deux investisseurs expérimentés opérant principalement sur les marchés financiers, ont fait part à l'Office de leur intérêt à reprendre le bail de l'arcade du magasin d'optique de la faillie. Renvoyés eux aussi à s'adresser à la régie J_____ SA, ils ont confirmé cet intérêt à cette dernière par un fax du 27 septembre 2004, adressé en copie à l'Office, en soulignant l'importance d'une réouverture du magasin la plus rapide possible dans la même arcade et d'une « reprise du bail en l'état sans aucune autre condition et cela à compter du 1^{er} octobre 2004 » en vue de « continuer à exercer en qualité d'opticiens et préserver une petite partie des emplois existants ».

Les démarches de B_____ et C_____ auprès de la régie J_____ SA, renouvelées le jeudi 30 septembre 2004 avec fixation d'un délai de validité de leur offre au vendredi 1^{er} octobre 2004 à 16h, n'ont pas permis d'aboutir à une reprise du bail, ladite régie ne s'étant déclarée disposée à conclure un nouveau bail qu'à la condition que le loyer soit augmenté d'environ 40%. Contacté par l'Office,

l'Hospice Général a confirmé qu'il ne conclurait pas de nouveau bail au même loyer que celui qui le liait à la faillie.

- C. Lors d'un entretien téléphonique du vendredi 1^{er} octobre 2004, confirmé le lendemain par écrit, l'Office a informé la régie J_____ SA que B_____ lui avait fait une offre très intéressante de reprise du mobilier propriété de la faillie, si bien qu'une restitution des locaux pourrait intervenir très rapidement si elle acceptait la proposition de B_____. Dans ce courrier du samedi 2 octobre 2004, l'Office a indiqué qu'il envisageait de reprendre le bail, qu'il a demandé à J_____ SA de lui transmettre par fax en précisant qu'il n'en disposait pas encore d'une copie.
- D. Tout au début du mois d'octobre 2004 (très vraisemblablement le vendredi 1^{er} octobre 2004), l'Office a été approché par la société A_____ SA (CH-3_____), exploitant une agence de voyages dans des locaux adjacents de l'arcade de la faillie, dans le même immeuble, afin de lui faire part de son intérêt à une reprise des locaux. L'Office l'a renvoyée à s'adresser à J_____ SA, en soulignant le fait que toute offre était en l'état prématurée. Par un fax du 4 octobre 2004, A_____ SA a confirmé à l'Office son vif intérêt à relouer cette arcade, en déclarant rester à sa disposition.
- E. C'est au cours d'une séance entre l'Office et B_____ et C_____, qui a eu lieu le mercredi 6 octobre 2004 à l'Office, qu'ont été arrêtées les conditions d'une entrée de la masse en faillite dans le bail, en vue de cession dans la perspective d'une reprise conjointe du mobilier. Ainsi, il a été prévu, en fin de journée, que B_____ et C_____ verseraient des sûretés à hauteur de 50'000 fr. et payeraient cash 170'000 fr. en couverture des loyers pendant deux ans (soit au total 220'000 fr.), et qu'ils reprendraient le mobilier indiqué dans l'inventaire pour 100'000 fr.

B_____ et C_____ ont versé 320'000 fr. à l'Office entre le 6 et le 10 octobre 2004.

Le jeudi 7 octobre 2004, l'Office a écrit par fax et lettre signature à la régie J_____ SA qu'eu égard à l'offre dont il disposait pour le matériel garnissant les locaux, il avait décidé d'entrer dans le bail et d'assurer tous les droits et obligations liés à ce dernier. Il a renouvelé sa demande de recevoir une copie du bail, et a invité ladite régie à lui faire parvenir un décompte de loyer et un bulletin de versement pour régler les éventuels loyers en retard.

Pour sauvegarder au maximum la valeur du fonds de commerce, l'Office a autorisé, dès le vendredi 8 octobre 2004, une déviation de la ligne téléphonique de la société D_____ & Cie SA en liquidation sur le téléphone portable de I_____, qui avait suggéré à B_____ et C_____ de racheter l'entreprise pour en poursuivre l'exploitation et était ou allait être engagée par eux.

J_____ SA a télécopié le bail à l'Office le jeudi 7 octobre 2004 à 17h21.

- F. Ce même jeudi 7 octobre 2004, A_____ SA a repris contact avec l'Office, qui – selon ce qu'il indique sans être contredit par A_____ SA sur ce point – l'a immédiatement informée de son changement de stratégie, c'est-à-dire de son accord d'entrer dans le bail de la faillie. Le lendemain, faisant suite à cette conversation téléphonique, A_____ SA a confirmé par fax à l'Office qu'elle était très intéressée à « reprendre l'affaire complète avec le matériel, ou seulement le bail de cette arcade » et qu'elle restait à sa disposition pour en discuter avec lui dès que possible.
- G. Considérant que A_____ SA ne souhaitait pas investir dans l'optique mais agrandir ses locaux et que le bail repris par l'Office comportait un article 2 prévoyant que les « locaux sont destinés à l'exploitation d'un commerce d'optique à l'exclusion de tout autre commerce », l'Office a poursuivi dans la voie désormais empruntée d'entrer dans le bail de la faillie et de conclure une convention avec des cessionnaires ayant l'intention de rouvrir un magasin d'optique, en ayant à l'esprit à tout le moins principalement B_____ et C_____.

Le vendredi 8 octobre 2004, E_____, administrateur de sociétés exploitant des commerces de lunetterie, de verres de contact, d'instruments d'optique, d'acoustique et d'accessoires divers à K_____ [VD], L_____ [VD], M_____ [VD], N_____ [GE] et O_____ [VS] (CH-4_____, CH-5_____, CH-6_____, CH-7_____ et CH-8_____), a fait connaître par téléphone à l'Office son intérêt à reprendre le magasin de la faillie. L'Office avait par ailleurs été approché de la même façon par P_____ SA pour le compte d'un client opticien en France, qui, par un courrier du jeudi 14 octobre 2004, déclarera finalement ne pas arriver « à prendre une décision aussi rapide et (préférer) renoncer à cette affaire en l'état » tout en réitérant son intérêt « pour reprendre un emplacement à Genève pour ouvrir une enseigne d'optique ».

Le mardi 12 octobre 2004, répondant au courrier précité de l'Office du 7 octobre 2004, la régie J_____ SA a pris note que la masse en faillite D_____ & Cie SA reprenait le bail portant sur les locaux considérés et lui a accordé un délai de 30 jours pour lui verser 14'742 fr. de loyers pour la période du 1^{er} septembre au 31 octobre 2004, montant dont l'Office s'est aussitôt acquitté.

- H. Le vendredi 15 octobre 2004, la masse en faillite D_____ & Cie SA d'une part et B_____ et C_____ d'autre part ont signé à l'Office une convention de cession de divers actifs de ladite masse, à l'exclusion de tout passif, à savoir les actifs énumérés dans l'inventaire des biens de la masse, sauf les actifs revendiqués par des tiers, les créances de la faillie et l'argent comptant, au prix de 100'000 fr., TVA incluse (art. 1 à 3). Cette convention précise que les 170'000 fr. versés à l'Office par les cessionnaires doivent garantir le paiement du loyer pendant les deux ans durant lesquels la masse serait coresponsable du paiement du loyer selon l'art. 263 CO et que les 50'000 fr. complémentaires aussi versés à l'Office doivent

garantir le paiement des arriérés de loyer et des charges d'exploitation depuis le 15 octobre 2004 qui seraient facturés à la masse (art. 4).

L'art. 5 de la convention prévoit que l'Office autorisait les cessionnaires à prendre possession des locaux dès la signature de la convention, en date du 15 octobre 2004, et - selon son troisième paragraphe - que les cessionnaires étaient autorisés à entreprendre à leurs frais les mesures nécessaires à la reprise de l'activité dudit commerce, en particulier « compte tenu des impératifs commerciaux à reconstituer les stocks, entreprendre les dépenses de marketing et procéder avec l'autorisation du propriétaire à la rénovation de l'arcade, le montant maximal pour ces opérations ne devant pas dépasser, hors loyer et salaires, la somme de 250'000 fr., mais il ajoute que la convention ne deviendrait définitive qu'après que les conditions stipulées à l'art. 8 seraient satisfaites, constatation qui interviendrait dans les locaux de l'Office au plus tard le 22 décembre 2004 ou à toute date ultérieure que fixeraient les parties.

Selon son art. 8, cette convention ne deviendrait définitive que si deux conditions résolutoires cumulatives seraient réalisées à la date précitée, à savoir d'une part qu'aucune plainte ne soit formée contre la décision de l'Office de la conclure ou qu'une telle plainte soit rejetée définitivement (l'existence de la convention devant faire l'objet d'une publication dans la Feuille d'avis officielle), et d'autre part qu'aucune offre supérieure à 100'000 fr. ne soit formulée dans un délai de 20 jours à compter de la publication de l'appel aux créanciers dans la Feuille d'avis officielle. L'art. 8 prévoit par ailleurs que « dans l'hypothèse de la formulation par un créancier d'une offre supérieure », l'Office exigerait de son auteur, dénommé enchérisseur, le versement préalable à l'Office d'un montant de 220'000 fr. ainsi que, dans les deux jours ouvrables suivant la prise en compte d'une telle offre, la remise à l'Office d'une garantie irrévocable d'une banque suisse de premier ordre d'un montant correspondant à l'offre ou le versement à l'Office du montant de l'offre supérieure. Il précise également que l'Office mettrait en œuvre des enchères privées entre les cessionnaires (B_____ et C_____) et le ou les enchérisseurs dans les deux jours ouvrables à compter de la remise de la garantie bancaire ou du montant de son ou leur offre supérieure, et qu'il fixerait à l'adjudicataire un délai de deux jours ouvrables dès l'adjudication pour signer une convention de cession d'actifs, l'adjudicataire devant « reprendre à son compte l'article 9 de la présente convention ». Ladite disposition prévoit encore que dès qu'aurait été constaté que la convention serait devenue définitive, l'Office transférerait « le bail en vigueur concernant les locaux situés au 2_____ [à Genève] aux cessionnaires ou à une personne morale choisie par ceux-ci ».

Selon l'art. 9 de la convention, si cette dernière ne devenait pas définitive ou était résolue, les cessionnaires (B_____ et C_____) restitueraient à la masse en faillite les actifs cédés « ainsi que les bénéfiques qui (auraient) pu être générés par l'activité » et renonceraient « à faire valoir toute prétention contre la Masse en faillite, de quelque nature qu'elle soit », et ils devraient présenter des comptes

d'exploitation et un rapport d'activité pour la période durant laquelle ils auraient exercé une activité commerciale, qui - précise-t-il - « se fait cependant à leurs risques et périls et sans aucune garantie ». Ladite disposition précise toutefois que « si l'exercice (était) déficitaire, l'Enchérisseur (devrait) supporter l'entier de la perte et les investissements effectués au sens de l'article 5, troisième paragraphe de la présente convention », ces conditions devant être « expressément stipulées si des enchères privées devaient être organisées par l'Office », et elle ajoute que « L'enchérisseur (pourrait) se départir des contrats de travail en vigueur lors de l'adjudication privée prévue à l'article 9 à la condition qu'il verse une indemnité correspondant à six mois de salaires nets de l'employé considéré ».

- I. Le vendredi 22 octobre 2004, l'Office a requis le Tribunal de première instance d'ordonner la liquidation sommaire de la faillite de D_____ & Cie SA, vu « la simplicité du cas, les liquidités étant pour le surplus insuffisantes pour assurer les frais d'une liquidation ordinaire ».

Le Tribunal de première instance a ordonné la liquidation sommaire de cette faillite par un jugement du mardi 26 octobre 2004.

- J. Le lundi 1^{er} novembre 2004, lors d'un téléphone que A_____ SA lui a fait pour reprendre contact, l'Office lui a indiqué qu'une convention avait été signée le 15 octobre 2004 pour la reprise de l'affaire complète entre la masse en faillite D_____ & Cie SA et des cessionnaires, et il l'a invitée à consulter la Feuille d'avis officielle du _____ 2004.

L'Office a fait publier dans la Feuille d'avis officielle du _____ 2004 l'ouverture de la faillite de D_____ & Cie SA en la forme sommaire, a fixé un délai au _____ 2004[délai de un mois] pour les productions, et y a ajouté un avis, intitulé « Vente d'urgence », rendant les créanciers attentifs au fait qu'il avait « procédé à une vente d'urgence des actifs de la société faillie selon convention du 21 septembre 2004 (*recte* du 15 octobre 2004) déposée au bureau de l'office des faillites et mise à disposition des intéressés pour consultation dès ce jour », les « créanciers (pouvant) formuler une offre supérieure dans les 20 jours dès la date de la présente convention » et le « délai de plainte (art. 17 LP) (étant) de dix jours dès la date de la présente publication ».

Le vendredi 5 novembre 2004, A_____ SA, désormais représentée par Me Frédéric COTTIER, avocat, a informé l'Office qu'elle envisageait de lui faire parvenir une offre supérieure à celle contenue dans la convention précitée, sollicitant au préalable la transmission de l'inventaire des biens de la faillie, le contrat de bail à reprendre et les différents contrats de travail ainsi que l'arrêt immédiat des travaux. L'Office lui a faxé l'inventaire et le contrat de bail le 9 novembre 2004.

Par un courrier du mardi 9 novembre 2004 faxé le lendemain matin à l'Office, B_____ et C_____ ont tenu à informer l'Office, à « cinq jours de l'ouverture de

l'arcade reprise par (ses) soins, (...) de l'évolution de (ses) frais relatifs à la convention de vente (qu'elle avait) signée avec l'office », faisant état d'un total d'environ 360'000 fr., composé de 80'000 fr. de frais de travaux, 102'000 fr. de marchandises commandées, 15'000 fr. de matériel informatique, 8'000 fr. de frais de marketing et de frais administratifs, 125'000 fr. d'indemnités de salaire avant embauche et 30'000 fr. de loyers depuis septembre 2004. Il a indiqué que le coût réel d'un meilleur offrant s'élevait ainsi au moins à 460'000 fr. y compris « (son) coût d'achat de la masse en faillite » mais non compris les garanties fournies de 220'000 fr.

Par un courrier du mardi 9 novembre 2004 à l'Office consécutif à plusieurs entretiens téléphoniques, A_____ SA a pris acte des conditions figurant dans la convention passée le 15 octobre 2004 entre la masse en faillite D_____ & Cie SA et B_____ et C_____ ainsi que des engagements d'ores et déjà pris par ces derniers. Elle a réitéré sa volonté de présenter les garanties exigées afin de prendre part aux enchères privées qui seraient organisées, en formulant toute réserve.

Le mercredi 10 novembre 2004, A_____ SA a demandé à Q_____ SA d'établir une garantie de 100'000 fr. en faveur de l'Office et de transférer à l'Office la somme de 220'000 fr. Par un télécopie du vendredi 12 novembre 2004, la Banque R_____ a confirmé à Q_____ SA que la garantie de 100'000 fr. à l'ordre de l'Office, concernant l'achat de l'arcade de D_____ & Cie SA en faillite, lui parviendrait le 15 novembre 2004. Le 12 novembre 2004, A_____ SA a informé l'Office qu'elle remplissait les conditions posées à la formulation d'une offre supérieure, dans la mesure où elle avait fait transférer la somme de 220'000 fr. sur le compte de l'Office et obtenu la confirmation qu'une garantie bancaire de 100'000 fr. avait été constituée, et elle lui a demandé de faire interdiction aux cessionnaires de poursuivre les travaux initiés dans l'arcade, d'engager toutes dépenses supplémentaires en vue de leur commerce et d'ouvrir leur commerce le 15 novembre 2004.

Par un fax du 15 novembre 2004, l'Office a informé A_____ SA qu'il allait procéder à une vente aux enchères privées, concernant la faillite de D_____ & Cie SA, le 29 novembre 2004.

- K. Le 15 novembre 2004, A_____ SA a formé plainte auprès de la Commission de céans contre la convention passée le 15 octobre 2004 entre la masse en faillite D_____ & Cie SA et B_____ et C_____ ainsi que contre la vente aux enchères privées que l'Office avait fixée au 29 novembre 2004. Elle a demandé à la Commission de céans, à titre de mesures provisionnelles, de dire que la convention précitée ne pouvait entrer en vigueur et ne déployait aucun effet, et d'ordonner à l'Office de ne pas procéder à la vente aux enchères privées ou toute autre vente, avant que la question de la légalité et de l'opportunité de cette convention ne soit tranchée définitivement. Sur le fond, A_____ SA demande à la Commission de céans, principalement, de donner acte à A_____ SA qu'elle

s'en rapporte à justice concernant l'usage qui a été fait par l'Office de la vente d'urgence, d'annuler la décision de l'Office de conclure la convention de cession du 15 octobre 2004, d'annuler ladite convention et d'ordonner à l'Office de procéder à une vente aux enchères privée entre A_____ SA et B_____ et C_____, subsidiairement d'annuler les dispositions de la convention qu'elle jugerait illégales et d'ordonner à l'Office de procéder à une vente aux enchères privées entre A_____ SA et B_____ et C_____. Cette plainte a été enregistrée sous le n° A/2332/2004.

- L. La réouverture du magasin d'optique de la faillie, prévue par la convention conclue, est intervenue le mardi 16 novembre 2004.
- M. Par une ordonnance du mardi 16 novembre 2004, la Commission de céans a signifié aux parties, en particulier à l'Office et à B_____ et C_____ qu'à titre provisionnel, tous travaux, engagements et autres investissements qu'ils feraient en rapport avec l'objet de la cession d'actifs conclue le 15 octobre 2004 le seraient à leurs risques et périls, dans la mesure où lesdites dépenses ne s'avèreraient pas susceptibles d'être reportées sur un enchérisseur qui se verrait adjuger la reprise d'actifs en question après avoir formulé une offre supérieure à l'offre retenue par l'Office dans la convention considérée, en dérogation à cette dernière. Elle a convoqué A_____ SA, B_____ et C_____ ainsi que l'Office en tant qu'administration de D_____ & Cie SA en liquidation à une audience de comparution personnelle, fixée au vendredi 19 novembre 2004.
- N. Lors de cette audience du 19 novembre 2004, B_____ et C_____, représentés désormais par Me Yves DE COULON, ont déposé une prise de position écrite sur la plainte de A_____ SA, en concluant à son rejet, et ils ont formé plainte contre la décision de l'Office du 15 novembre 2004 de procéder à une vente aux enchères privées des actifs de la masse en faillite D_____ & Cie SA le 29 novembre 2004, en avançant le motif qu'aucun créancier n'avait formulé d'offres supérieures et qu'en conséquence l'organisation d'une vente aux enchères privées était dépourvue de base légale et contraire aux termes de la convention. Cette plainte a été enregistrée sous le n° A/2370/2004.

La Commission de céans a imparti un délai à l'Office au mercredi 24 novembre 2004 à 9h00 pour se déterminer sur la plainte de la A_____ SA et sur la plainte de B_____ et C_____, ainsi qu'un délai à A_____ SA et à B_____ et C_____ au mardi 30 novembre 2004 pour présenter leurs déterminations actualisées sur ces deux plaintes. Elle a décidé, sans préjudice de l'issue qui serait donnée aux deux plaintes, que la vente aux enchères privées prévue pour le 29 novembre 2004 était reportée en l'état au mercredi 8 décembre 2004 et que la mesure provisionnelle décidée dans l'ordonnance précitée du 16 novembre 2004 était prorogée.

- O. Le matin du 24 novembre 2004, l'Office a apporté à la Commission de céans sa détermination sur les plaintes A/2332/2004 de A_____ SA et A/ 2370/2004 de

B_____ et C_____, en concluant à leur rejet. Il y indique que quatre offres lui étaient parvenues et que leurs auteurs avaient rempli les conditions fixées dans la convention du 15 octobre 2004 pour pouvoir participer à des enchères privées, à savoir B_____ et C_____, A_____ SA et E_____ pour S_____ SA. Cette écriture a été télécopiée le même jour aux parties.

Le 30 novembre 2004, A_____ SA d'une part et B_____ et C_____ d'autre part ont communiqué à la Commission de céans leur déterminations actualisées sur ces deux plaintes.

- P. Par un courrier du vendredi 3 décembre 2004, E_____, représenté par Me Guillaume RUFF, avocat, a informé la Commission de céans qu'il était intervenu auprès de l'Office en vue d'acquérir les actifs de la masse en faillite D_____ & Cie SA et qu'il avait fourni les garanties bancaires de 100'000 fr. et 220'000 fr. exigées par l'Office pour participer aux enchères privées, en précisant qu'il avait l'intention de poursuivre l'exploitation du magasin d'optique. Il s'est déclaré intéressé au sort des procédures pendantes devant la Commission de céans et a demandé à cette dernière de le tenir informé de la décision qui serait prise.

Parallèlement, ce même vendredi 3 décembre 2004, la Commission de céans a convoqué les parties à une audience en vue d'élucider encore quelques faits, fixée au lundi 6 décembre 2004.

Le lundi 6 décembre 2004, la Commission de céans a appelé E_____ en cause dans les deux procédures A/2332/2004 de A_____ SA et A/2370/2004 de B_____ et C_____.

- Q. Lors de l'audience du 6 décembre 2004, l'Office a indiqué que s'il n'avait reçu une copie du bail qu'après avoir décidé d'entrer dans le bail, il avait eu au préalable plusieurs conversations téléphoniques avec J_____ SA et l'Hospice général au cours desquels le contenu dudit bail avait été porté à sa connaissance, en particulier sont art. 2 prévoyant que les locaux étaient destinés à l'exploitation d'un commerce d'optique à l'exclusion de tout autre commerce. Il a précisé que dès l'instant qu'il décidait d'entrer dans le bail, il lui importait de conclure une convention de cession des actifs de la masse avec un reprenant dans des conditions excluant tout risque d'opposition au transfert du bail de la part du bailleur (soit dans la seule perspective de la réouverture d'un magasin d'optique dans l'arcade considérée, excluant à ses yeux A_____ SA de la course), permettant une vente d'urgence et garantissant une reprise des actifs au prix minimum de 100'000 fr., versé au surplus en ses mains. Il a ajouté qu'il lui a fallu négocier ce prix intéressant pour les créanciers avec B_____ et C_____ en tenant compte à la fois du fait qu'il ne pouvait donner à ces derniers une quelconque garantie d'aboutissement de l'affaire, vu la possibilité du dépôt d'une plainte contre la convention et de la formulation d'une offre supérieure, et du risque que les cessionnaires encouraient, à défaut d'aboutissement de l'affaire

pour l'une ou l'autre de ces raisons, du fait qu'il leur fallait effectuer des investissements minimaux dans la perspective d'une réouverture rapide d'un magasin d'optique dans ces locaux.

En réponse aux questions posées par les parties et l'appelé en cause, l'Office a admis qu'il manquait à l'inventaire le fichier client du fonds de commerce de la faillie, et qu'il se le procurerait et l'inscrirait à l'inventaire à très brève échéance ; il a indiqué qu'en cas d'adjudication à celui qui ferait une offre supérieure tout en respectant les autres conditions fixées par la convention, B_____ et C_____ devraient fournir un décompte d'exploitation et qu'un éventuel bénéfice irait à la masse ; il a affirmé par ailleurs qu'il n'y avait pas de pratique voulant que la possibilité de formuler des offres supérieures soit ouverte à des non-créanciers, mais que le cas échéant l'avis publié dans la Feuille d'avis officielle devrait être plus clair à cet égard.

La Commission de céans a ordonné à l'Office, à titre de mesure provisionnelle, de ne pas organiser la vente aux enchères privées attaquée avant qu'elle n'ait statué sur les plaintes et a prorogé la validité de sa mesure provisionnelle décidée le 16 novembre 2004.

- R. Aucun créancier n'a formulé d'offre supérieure ni n'a émis d'objection ou de plainte à l'encontre de la convention passée entre l'Office et B_____ et C_____.

EN DROIT

- 1.a. La Commission de céans est l'autorité cantonale de surveillance appelée à connaître en instance cantonale unique des plaintes prévues par la LP (art. 56R al. 3 LOJ ; art. 10 al. 1 et art. 11 al. 2 LaLP).

La plainte A/2332/2004 de A_____ SA a été formée contre la convention passée entre la masse en faillite D_____ & Cie SA et B_____ et C_____ dans les dix jours à compter de la publication de son existence dans la Feuille d'avis officielle du _____ 2004, soit en temps utile et contre une mesure sujette à plainte (art. 17 al. 2 et art. 132a LP).

De même, la plainte A/2370/2004 de B_____ et C_____ l'a été dans les dix jours à compter de la décision de l'Office de procéder à une vente aux enchères privées, soit aussi en temps utile et contre une mesure sujette à plainte.

Elles satisfont toutes deux aux exigences de forme et de contenu prescrites par la loi (art. 13 al. 1 et 2 LaLP).

- 1.b. La LP ne délimite pas le cercle des personnes ayant qualité pour déposer plainte. Selon la doctrine, la qualité pour agir en la matière appartient à toute personne à laquelle l'acte attaqué fait subir ou risque de faire subir une atteinte à ses intérêts

juridiquement protégés (Walter A. Stoffel, op. cit., § 2 n° 67 s. ; Nicolas Jeandin, Poursuite pour dettes et faillite. La plainte, FJS n° 679, p. 15 ; Franco Lorandi, *Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit, Kommentar zu den Artikeln 13-30 SchKG, Bâle-Genève-Munich 2000*, ad art. 17 n° 168), ou même à ses intérêts dignes de protection, qui peuvent être des intérêts de fait (ATF 120 III 42 ; Pierre-Robert Gilliéron, *Commentaire*, ad art. 17 n° 94 ss et 144 ss ; Flavio Cometta, in *SchKG I*, ad art. 17 n° 38). Plusieurs des arrêts cités par ces auteurs font référence à une atteinte à des intérêts personnels au moins de fait (cf. p. ex. ATF 112 III 1). Dans la mesure où la procédure au niveau cantonal est régie par le droit cantonal et où le droit fédéral ne comporte pas de règles différentes à ce propos, c'est bien l'exigence - peu sévère - d'un intérêt digne de protection qui prévaut dans le canton de Genève, en vertu de l'art. 60 let. b LPA, que l'art. 13 al. 5 LaLP déclare applicable aux procédures relatives aux plaintes instruites par la Commission de céans (cf. ATF 120 II 130 sur la notion d'intérêt digne de protection).

En l'espèce, quand bien même elle n'est pas créancière de la faillie, A_____ SA dispose d'un intérêt digne de protection à faire contrôler la convention conclue entre la masse en faillite D_____ & Cie SA et B_____ et C_____, dès lors que cette convention comportent des clauses qui influent directement sur les conditions et les enjeux d'une participation de sa part à une vente aux enchères privées des actifs de la faillie, englobant le bail portant sur l'arcade considérée, participation que l'Office ne conteste pas dès lors que A_____ SA a rempli lesdites conditions, à l'instar d'ailleurs de E_____ et F_____ Ltd. Pour le même motif, la Commission de céans admettra que E_____ a été appelé en cause à juste titre à la suite de son intervention dans la procédure, à charge pour l'Office de s'assurer que c'est bien lui à titre personnel qui a rempli les conditions de participation à la vente aux enchères privées contestée ou, s'il s'agissait d'une société dont il est l'administrateur (notamment S_____ SA), de considérer cette dernière comme devant le cas échéant prendre sa place pour la suite de la procédure.

De leur côté, B_____ et C_____ ont eux aussi un intérêt digne de protection pour se plaindre de l'organisation d'une vente aux enchères privées à laquelle prendraient part des enchérisseurs n'ayant pas la qualité de créanciers de la faillie, en particulier A_____ SA.

Au demeurant, la Commission de céans estime de son devoir d'entrer en matière sur les deux plaintes pour vérifier que la convention litigieuse et l'organisation de la vente aux enchères privées contestée sont ou non affectées d'un vice entraînant leur nullité, cas dans lequel elle devrait intervenir d'office (art. 22 LP).

- 1.c. Les deux plaintes seront donc déclarées recevables.
- 1.d. Les plaintes A/2332/2004 de A_____ SA et A/2370/2004 de B_____ et C_____ s'inscrivent dans le même complexe de faits et soulèvent des problèmes

juridiques similaires. Elles sont par ailleurs toutes deux en état d'être jugées. Aussi la Commission de céans les joindra-t-elle en une même procédure (art. 70 LPA et art. 13 al. 5 LaLP).

- 2.a. Dès que l'Office a reçu communication de l'ouverture d'une faillite (art. 176 al. 1 ch. 1 LP), il procède à l'inventaire des biens du failli et prend les mesures nécessaires pour leur conservation (art. 221 LP). Ces mesures comprennent les mesures de sûretés énumérées à l'art. 223 LP, comme la fermeture et la mise sous scellés des magasins, dépôts de marchandises, ateliers « à moins que ces établissements ne puissent être administrés sous contrôle jusqu'à la première assemblée des créanciers » (art. 223 al. 1 LP), la prise sous sa garde de l'argent comptant, des valeurs, livres de comptabilité (art. 223 al. 2 LP), la désignation d'un gardien pour les objets et documents se trouvant hors des locaux du failli (art. 223 al. 4 LP). Elles peuvent aussi consister en la prise de mesures d'administration des immeubles et autres biens du failli.
- 2.b. Après que le mode de liquidation de la faillite a été déterminé et que l'ouverture de la faillite a été publiée (art. 232 LP), c'est l'administration qui est chargée des intérêts de la masse et pourvoit à sa liquidation (art. 240 LP). Si elle est confiée à l'Office plutôt qu'à une administration spéciale (art. 231 al. 3 ch. 1 et art. 237 al. 2 LP), celui-ci continue donc à mener la procédure qu'il avait dû engager déjà dans l'intérêt de la masse.

En cas de liquidation ordinaire, les créanciers, réunis en assemblée ou consultés par circulaire, peuvent prendre des décisions concernant la continuation du commerce ou de l'industrie du failli, l'ouverture de ses ateliers, magasins ou débits, les procès pendants et les ventes de gré à gré (art. 238 LP) ; s'il en est établi une, une commission de surveillance est compétente, en principe, pour surveiller l'administration de la faillite, lui donner des avis, s'opposer à toute mesure qui lui paraîtrait contraire aux intérêts des créanciers, autoriser la continuation du commerce ou de l'industrie du failli et en régler les conditions, et prendre diverses autres décisions (art. 237 al. 3 LP). La réalisation intervient après le dépôt de l'état de collocation et la deuxième assemblée des créanciers, qui prend souverainement toutes les décisions qu'elle juge nécessaire dans l'intérêt de la masse (art. 252 al. 1 et art. 253 al. 2 LP). Les biens appartenant à la masse sont réalisés par les soins de l'administration aux enchères publiques ou de gré à gré si les créanciers le jugent préférable (art. 256 al. 1 LP) ; les biens sur lesquels il existe des droits de gage ne peuvent être réalisés de gré à gré qu'avec l'assentiment des créanciers gagistes (art. 256 al. 2 LP) ; les biens de valeur élevée et les immeubles ne sont réalisés de gré à gré que si l'occasion a été donnée aux créanciers de formuler des offres supérieures (art. 256 al. 3 LP) ; les prétentions révocatoires, fondées sur les art. 286 à 288 LP, ne doivent ni faire l'objet d'enchères ni être aliénées (art. 256 al. 4 LP).

En cas de liquidation sommaire, soit en pratique dans la très grande majorité des cas (Walter A. Stoffel, Voies d'exécution, § 11 n° 32), la faillite est administrée

uniquement par l'Office, qui la liquide selon les règles de la procédure ordinaire, toutefois assouplies et simplifiées, en règle générale sans convoquer d'assemblée des créanciers mais en les consultant au besoin par voie de circulaire, et en procédant à la réalisation des actifs à l'expiration du délai de production au mieux des intérêts des créanciers et en observant les art. 256 al. 2 à 4 LP, les immeubles ne pouvant être réalisés qu'une fois l'état des charges dressé (art. 231 al. 3 LP ; Walter A. Stoffel, Voies d'exécution, § 11 n° 38 ss).

- 2.c. Il y a des situations dans lesquelles l'administration de la faillite, pour procéder à la réalisation, n'a pas à attendre la deuxième assemblée des créanciers en procédure ordinaire ou l'expiration du délai pour les productions en procédure sommaire. Il lui faut en effet réaliser sans retard les biens sujets à dépréciation rapide, dispendieux à conserver ou dont le dépôt occasionne des frais disproportionnés ; elle peut en outre ordonner la réalisation immédiate des valeurs et objets cotés en bourse ou sur le marché (243 al. 2 LP ; Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 221 n° 42, ad art. 223 n° 6 et 9 ss, ad art. 243 n° 21 ss).

Selon une interprétation restrictive, une réalisation d'urgence suppose l'existence de circonstances particulières justifiant de déroger au cours ordinaire de la procédure, comme la nécessité de prévenir un dommage, notamment lorsqu'il est établi que les perspectives d'une réalisation favorable d'actifs de la masse se réduisent notablement avec l'écoulement du temps, eu égard à la nature ou aux caractéristiques des biens considérés (Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 238 n° 10 ; Marc Russenberger, in SchKG III, ad art. 243 n° 8). Une interprétation plus souple considère que des réalisations anticipées peuvent être décidées pour des motifs économiques, par exemple qu'un fonds de commerce peut représenter un actif soumis à dépréciation rapide et donc être vendu d'urgence lorsque se présente une occasion favorable de le remettre à un reprenant dans de bonnes conditions sauvant des emplois et permettant la continuation du bail (DAS/08/2002 du 9 janvier 2002 ; Marc Russenberger, in SchKG III, ad art. 243 n° 10 ; Georges Vonder Mühl, Der wirtschaftlich begründete Dringlichkeitsverkauf von Mobilien im Konkurs, in BLSchK 1995 p. 1 ss).

Dans la mesure du possible, l'administration doit, en cas de vente anticipée, respecter les dispositions de l'art. 256 LP, en particulier recueillir l'assentiment des créanciers gagistes pour des biens constitués en gage (art. 256 al. 3 LP) et offrir aux créanciers l'occasion de formuler des offres supérieures (art. 256 al. 3 LP).

- 3.a. L'Office puis l'administration de la masse disposent d'un pouvoir d'appréciation étendu pour prendre les mesures nécessaires pour la conservation et la gestion des biens inventoriés (Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 223 n° 7), de même que pour procéder à des ventes d'urgence et, surtout en procédure sommaire, pour réaliser les actifs de la masse.

La loi ne comporte guère d'indications sur ce qu'il leur faut faire pour administrer les actifs - comme autoriser la continuation du commerce ou de l'industrie du failli, l'ouverture de ses ateliers, magasins ou débits -, sinon à l'égard des biens immobiliers en tant que les art. 16 à 22 ORFI s'appliquent par analogie en matière de faillite, de même que l'art. 23c al. 1 ORFI en cas de copropriété (art. 130b al. 3 ORFI ; Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 223 n° 36 ; DCSO/557/04 consid. 2.a *in fine* du 15 novembre 2004). En matière immobilière, il incombe ainsi à l'administration de la masse de prendre diverses mesures ordinaires, nécessaires pour entretenir l'immeuble en bon état de rendement et pour percevoir les fruits et autres produits, en particulier de commander et de payer de petites réparations, de résilier et conclure des baux, d'assurer la rentrée des loyers et fermages (art. 17 ORFI) ; il peut même être amené à recourir à des mesures exceptionnelles (art. 18 ORFI ; Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 102 n° 28 ss ; Kurt Amonn / Fridolin Walther, Grundriss, 7^{ème} éd. 2003, § 22 n° 86 ss).

Pour le surplus, c'est l'intérêt de la masse, c'est-à-dire l'intérêt des créanciers à obtenir le meilleur désintéressement possible, qui doit guider l'administration dans tous ses choix, tant pour la gestion que pour la réalisation des actifs de la masse, dans les limites fixées par la loi.

- 3.b. Cette norme directrice de l'action de l'administration se trouve exprimée notamment à l'art. 240 LP, aux termes duquel l'administration « est chargée des intérêts de la masse », à l'art. 231 al. 3 ch. 2 LP, selon lequel l'Office procède à la réalisation « au mieux des intérêts des créanciers » à l'expiration du délai de production en procédure sommaire, à l'art. 256 al. 1 LP, qui laisse les créanciers choisir le mode des enchères publiques ou de la vente de gré à gré selon ce qu'ils « jugent préférable ».

Elle vaut plus largement pour l'application des dispositions conférant à l'administration de la masse un pouvoir d'appréciation, comme pour la continuation d'un commerce ou l'ouverture d'un magasin du failli (art. 223 al. 1, art. 238 al. 1 LP), ou une latitude d'interprétation, par exemple de la notion de biens sujets à dépréciation rapide (art. 243 al. 2 LP).

- 3.c. Quant aux limites que la loi assigne au pouvoir d'appréciation de l'administration, elles résultent déjà de règles de procédure visant à sauvegarder les intérêts de personnes déterminées. Ces dernières sont d'ailleurs souvent des créanciers (comme les créanciers gagistes, dont l'assentiment est en principe requis pour des réalisations de gré à gré d'objets gagés, selon l'art. 256 al. 2 LP, ou chacun des créanciers pris individuellement, qui doivent recevoir l'occasion de formuler une offre supérieure en cas de vente de gré à gré de biens de valeur élevée ou d'immeubles, d'après l'art. 256 al. 3 LP), mais il peut s'agir aussi du failli ou de tiers, comme des enchérisseurs.

D'autres limites à l'action de l'administration tiennent de façon plus diffuse à la vocation légale de l'administration de la faillite de liquider une faillite qui a été

prononcée, soit de mener avec diligence la procédure de réalisation forcée de tous les biens du failli pour le moins mauvais désintéressement possible de tous ses créanciers, et, s'agissant de personnes morales, de concrétiser l'effet de dissolution que la faillite produit à leur égard (art. 77 al. 1 CC, art. 574 al. 1, art. 619 al. 1, art. 736 ch. 3, art. 770 al. 1, art. 820 ch. 3 et art. 911 ch. 3 CO). L'optique n'est pas de permettre un assainissement, comme dans certaines procédures concordataires (art. 293 ss LP ; Walter A. Stoffel, Voies d'exécution, § 12 n° 4 et 8 ss). La gestion des actifs du failli n'est pas une fin en soi, mais une conséquence du dessaisissement du failli et du changement fondamental d'affectation de son patrimoine (art. 197 LP) ; elle doit être assumée dans une perspective de liquidation, qui n'implique pas mais tend plutôt à exclure des actions de valorisation des actifs inventoriés.

L'administration de la faillite dispose par ailleurs de moyens limités ; elle se doit d'en faire un emploi économe, et de ne contracter des dettes de masse qu'avec prudence. Elle doit veiller à ne pas causer de dommage susceptible d'engager la responsabilité du canton (art. 5 LP).

Notamment dans ses contacts et pourparlers en vue de réalisations de gré à gré, l'administration est tenue d'agir de bonne foi (art. 3 al. 2 CC). Il sied cependant d'ajouter que quoique constitué en service étatique et doté de prérogatives de puissance publique, notamment pour la conclusion de ventes de gré à gré (Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 130 n° 11 ss et art. 132a n° 13), l'Office chargé de la liquidation de la faillite n'est pas tenu de suivre des règles garantissant une égalité de traitement des acquéreurs potentiels d'actifs du failli au détriment des intérêts des créanciers, ni n'est soumis aux règles régissant les marchés publics.

- 4.a. En l'espèce, l'Office s'est trouvé confronté au premier problème que les biens inventoriés de la faillie risquaient fort de ne pouvoir être vendus au prix total de 70'009 fr. fixé par les experts consultés en cas de vente aux enchères publiques et lot par lot, compte tenu du fait que nombre d'entre eux sont des objets anciens, mais que le prix d'estimation total précité pourrait être atteint et même dépassé en cas de vente en bloc dans une perspective de reprise du commerce d'optique de la faillie. Aussi, quand bien même il a changé de stratégie lorsqu'il a décidé d'entrer dans le bail, l'Office a-t-il envisagé très tôt de procéder à une vente de gré à gré de l'ensemble des biens se trouvant dans l'arcade de la faillie, voire à une réalisation d'urgence, soit sitôt qu'il a été contacté par une ancienne collaboratrice de la faillie le jour même de la publication de l'information relative à cette faillite.

Normalement, l'estimation à faire figurer dans l'inventaire doit correspondre au produit présumé d'une vente aux enchères publiques intervenant en Suisse, de plus lot par lot dans la mesure où chaque objet doit être estimé (art. 227 LP ; art. 25 OAOF ; Urs Lustenberger, in SchKG III, ad art. 227 n° 3 ; Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 97 n° 19 et ad art. 227 n° 16 *in initio*). Il est

néanmoins admis – et c'est là un signe supplémentaire de l'étendue du pouvoir d'appréciation laissé à l'Office dans l'intérêt de la masse (consid. 3.b) – que l'Office puisse retenir la valeur d'estimation qu'il serait possible d'atteindre par une vente de gré à gré ou lors d'une vente d'urgence, lorsque la nature des actifs inventoriés ou les circonstances le justifient (Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 227 n° 16). On peut se demander si l'Office ne devrait pas faire mention de l'optique choisie à cet égard dans l'inventaire même, lorsque l'estimation qu'il y fait figurer n'est pas celle du produit présumé d'une vente aux enchères publiques lot par lot ; cette question n'est toutefois pas litigieuse dans la présente affaire, aucune des parties n'ayant contesté qu'une vente aux enchères lot par lot des actifs de la faillie pourrait s'avérer désavantageuse pour les créanciers, ni, partant, que l'Office s'est soucié de défendre les intérêts de la masse en retenant, dans une perspective de vente en bloc, une estimation de 70'009 fr. dans l'inventaire qu'il indique avoir dressé « du 26.08.2004 au 15.10.2004 » (soit du jour de la faillite au jour de la signature formelle de la convention attaquée).

- 4.b. Or, en l'occurrence, une vente en bloc des biens considérés n'était intéressante guère que si l'acquéreur obtenait en parallèle de reprendre le bail de l'arcade de la faillie à des conditions pas trop éloignées de celles dont celle-ci avait bénéficié. L'ancienneté de nombreux biens inventoriés faisait en effet que le prix qu'un acquéreur se déclarerait disposé à payer pour la reprise de ces derniers comporterait en réalité une part de rachat de la qualité de locataire de l'arcade en question, à tout le moins au-delà sinon même en-deçà des 70'009 fr. de l'estimation retenue dans l'inventaire.

L'Office s'est dès lors trouvé confronté à un deuxième problème lorsqu'il est apparu que le bailleur des locaux entendait profiter d'un changement de locataire pour augmenter le loyer de l'ordre de 40% et que les cessionnaires potentiels avec lesquels il avait contact n'étaient pas en mesure d'assumer une telle charge supplémentaire de loyer. A ce moment-là, la décision de l'Office d'entrer dans le bail afin de pouvoir céder ce dernier conjointement aux actifs de la masse était la seule alternative à une réalisation désavantageuse de ces derniers, probablement dans le cadre d'une vente aux enchères publiques lot par lot. Cela ne signifie pas que cette solution devait forcément être empruntée, ni le cas échéant qu'elle pouvait l'être inconditionnellement. Il sied de noter qu'en l'espèce le bailleur n'avait pas résilié le bail après avoir exigé vainement des sûretés pour les loyers à échoir (art. 266h CO), que la résiliation du bail effectuée par le failli postérieurement au prononcé de sa faillite était nulle et que l'administration de la masse pouvait décidé d'exécuter le contrat (art. 204 al. 1 et art. 211 al. 2 LP ; Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 204 n° 12 ss et ad art. 211 n° 32 ; Heiner Wohlfart, in SchKG II, ad art. 204 n° 10 ss et 20 ss ; Renate Schwob, in SchKG II, ad art. 211 n° 9 ss) ; le bailleur n'a d'ailleurs pas contesté mais au contraire accepté l'entrée de la masse dans le bail.

Assurément, une entrée dans le bail poursuivant la finalité précitée pouvait servir les intérêts des créanciers dans la mesure où elle permettait de dégager un produit de réalisation intéressant. Force est cependant d'ajouter qu'elle engageait l'Office dans un processus risqué, qui tendait à lui conférer une vocation à la limite de celle qu'une administration de faillite peut assumer, en tant qu'il visait davantage à valoriser les actifs de la masse qu'à simplement en conserver la valeur et le faisait interférer dans les relations entre bailleur et locataire, en plus qu'il pouvait provoquer un délicat accroissement des dettes de masse à défaut d'aboutissement rapide de l'affaire. L'admissibilité du procédé ne saurait en effet être jugée à l'aune du seul intérêt des créanciers au meilleur (ou au moins mauvais) désintéressement possible, sauf à ouvrir la voie à une reprise quasi généralisée des baux par l'entremise des administrations de faillite ; encore faut-il donc qu'il ait une justification complémentaire compatible avec le droit de l'exécution forcée et qu'il s'accompagne de mesures dictées par la loi et appropriées au regard des risques encourus.

Pour l'Office, cette justification complémentaire résidait dans la possibilité d'une réalisation anticipée pour des motifs économiques, tandis que les mesures d'accompagnement contestées figurant dans la convention qu'il a passée avec les cessionnaires devaient à ses yeux satisfaire aux exigences de la loi et de l'opportunité. Il faut vérifier si son appréciation peut être partagée sur ces deux questions (consid. 5 et 6).

- 5.a. Avant que le mode de liquidation de la faillite ne soit déterminé, soit au stade où seules des mesures de conservation - et non de réalisation - des actifs inventoriés entrent en principe en ligne de compte, l'Office ne peut se considérer qu'avec circonspection comme étant en présence de biens sujets à dépréciation rapide, dispendieux à conserver ou dont le dépôt occasionne des frais disproportionnés au sens de l'art. 243 al. 2 LP. Il faut que la réalisation de ces conditions soit manifeste, surtout s'agissant d'une réalisation anticipée pour des motifs économiques fondée sur une interprétation souple de cette disposition légale.

Une telle réalisation anticipée ne saurait en tout cas se réduire à une vente de pas-de-porte. Elle doit en principe garantir un transfert de fonds de commerce, et donc, en règle générale, impliquer la continuation du commerce ou de l'industrie du failli ou une réouverture de ses ateliers ou magasins, ainsi que la sauvegarde d'emplois, en plus de la continuation d'un bail.

Aussi ne s'avère-t-il pas injustifié, en l'occurrence, que l'Office soit entré en matière sur l'offre de B _____ et C _____, dès lors que ceux-ci entendaient faire un investissement pour favoriser la reprise du commerce du failli, dans une perspective commerciale certes différente de celle du failli, mais en réengageant un à deux employés de la faillie, et qu'il ait prêté moins d'attention à la prise de contact, d'ailleurs moins assidue, de A _____ SA, dont il était légitimé à penser qu'elle visait à une extension de son agence de voyages. La Commission de céans

émet cette appréciation sans ignorer ni approuver le fait que, de son côté, l'Office s'est montré peu explicite à l'endroit de A_____ SA, laissant son fax du 4 octobre 2004 sans suite, ne serait-ce qu'explicative ou négative, ni sur le fait que sa motivation de ne pas mener de pourparlers avec A_____ SA paraît avoir reposé moins sur la considération qu'une réalisation dite d'urgence s'analysant en réalité comme une vente de pas-de-porte ne s'inscrivait guère dans les perspectives légales, que sur la clause d'un contrat de bail dont il ne possédait pas encore un exemplaire, limitant la destination des locaux à l'exploitation d'un commerce d'optique mais dont la portée était à relativiser au regard d'une définition en réalité moins exigeante des justes motifs de s'opposer à un transfert du bail.

- 5.b. Une fois que le mode de liquidation de la faillite est déterminé, sinon déjà par le juge mais au moins par l'Office, au clair sur le fait qu'il proposera au juge d'ordonner la liquidation sommaire de la faillite (art. 231 al. 1 LP), avec une sécurité suffisante avérée par l'expérience d'être suivi sur ce point, le raisonnement de l'Office peut se teinter de considérations tirées du large pouvoir d'appréciation dont il dispose, à l'expiration du délai de production, pour réaliser les actifs au mieux des intérêts des créanciers (art. 231 al. 3 ch. 2 LP), en étant alors affranchi des conditions restrictives résultant de l'art. 243 al. 2 LP mais en observant les conditions légales, en particulier l'art. 256 al. 2 à 4 LP, et en prenant des précautions appropriées.

Or, en l'espèce, l'Office s'est décidé en faveur d'une réouverture du magasin du failli combinée à une vente des actifs inventoriés à un moment où il était clair que la faillite se liquiderait selon le mode sommaire, au surplus bien dans la perspective d'assurer la réalisation d'un fonds de commerce. Il n'est donc pas nécessaire de trancher la question de savoir si les conditions d'une vente d'urgence, au sens d'une réalisation anticipée pour des motifs économiques, étaient remplies dès les premiers contacts de l'Office avec B_____ et C_____. Le pouvoir d'appréciation de l'Office allait alors grandissant, à telle enseigne qu'il avait sujet de ne pas laisser s'échapper une intéressante offre de reprise formulée dans la perspective de la reprise d'un fonds de commerce – l'offre de B_____ et C_____ étant effectivement intéressante (consid. 4.a) -, à la condition de prendre les mesures dictées par le respect des conditions légales prévalant en cas de liquidation sommaire (consid. 6.a) et propres par ailleurs à sauvegarder les intérêts en jeu (consid. 6.b et 6.c).

- 6.a. Lorsqu'une réalisation d'urgence répond sans conteste aux exigences fixées par l'art. 243 al. 2 LP, il n'est généralement ni possible ni, partant, nécessaire d'offrir aux créanciers la possibilité de formuler une offre supérieure, mais il importe que l'Office s'assure avec soin de l'inexistence de droits de gage sur les objets à vendre ou alors de l'assentiment des créanciers gagistes (art. 256 al. 2 LP ; Georges Vonder Mühl, op. cit., p. 2 et 3 s.). En cas de réalisation anticipée pour des motifs économiques se faisant par le biais d'une vente de gré à gré, il s'agit néanmoins d'intégrer dans toute la mesure du possible une telle consultation des

créanciers dans les conditions de la vente. Cela est impératif lorsque, comme en l'espèce, l'Office s'y décide autant en prenant appui sur l'art. 243 al. 2 LP qu'en exerçant par anticipation le large pouvoir d'appréciation que lui confère l'art. 231 al. 3 phr. 2 LP ; dans ce cas, si la cession des actifs ne peut être différée, il importe, sauf circonstances exceptionnelles, qu'elle soit subordonnée au moins à la condition que les créanciers ne formule pas une offre supérieure, le dépôt d'une plainte restant au surplus de toute façon réservé.

D'après la loi, ce sont bien uniquement les créanciers qui doivent se voir offrir la possibilité de formuler une offre supérieure (art. 231 al. 3 ch. 2 et art. 256 al. 3 LP). Cela ne signifie pas que, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, l'Office ne puisse tenir compte d'offres supérieures qui lui seraient faites par d'autres personnes, dans la mesure où cela peut servir les intérêts de la masse, ni même qu'il ne puisse ouvrir la possibilité de formuler des offres supérieures à des tiers, sans qu'il faille cependant en inférer que les tiers doivent alors forcément être traités sur le même pied que les créanciers, qui, eux, doivent l'être (Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 256 n° 35 s.). L'art. 7 LaLP va même dans le sens d'inciter l'Office à susciter une mise en concurrence d'offres plutôt que de privilégier la première arrivée.

En l'espèce, l'Office a satisfait, sur le plan du principe, à l'exigence déduite de la loi de subordonner la cession des actifs de la masse à la condition qu'aucune offre supérieure ne soit formulée par des créanciers, au surplus en prenant soin de consulter les créanciers après que le Tribunal de première instance eut ordonné la liquidation sommaire de la faillite, soit bien en se plaçant dans la perspective d'une application de l'art. 231 al. 3 ch. 2 LP.

- 6.b. Si, sur le plan du principe, l'Office a agi conformément aux exigences légales - étant précisé qu'il faut admettre en l'espèce que les biens cédés sont de valeur élevée au sens de l'art. 256 al. 3 LP, et donc qu'une invitation à formuler une offre supérieure devait être faite aux créancier -, il n'en faut pas moins émettre des réserves sur les modalités et conditions qu'il a arrêtées dans ce contexte.

En premier lieu, il aurait été préférable sinon même nécessaire qu'il fasse coïncider le délai pour formuler des offres supérieures avec le délai pour les productions, afin que tout créancier soit pris en considération. Le vice affectant à cet égard son avis aux créanciers paru dans la Feuille d'avis officielle du _____ 2004 est cependant resté sans conséquence, puisqu'à ce jour le délai pour les productions est expiré et qu'aucun créancier n'a formulé d'offre supérieure ; aussi ne saurait-il conduire à l'annulation ou la modification de ce point de la convention attaquée.

En second lieu, si la formulation d'offres supérieures par des non-créanciers était envisagée par l'Office (consid. 6.c *in fine*), l'avis paru dans la Feuille d'avis officielle ne s'adressait qu'aux créanciers. Il n'y a pas là violation de la loi, mais il

pourrait être opportun que l'Office assure une certaine publicité d'une telle ouverture, dans l'intérêt de la masse. Aucune conséquence ne doit cependant en être déduite en l'occurrence, déjà pour le même motif qu'aucun créancier ne s'en est plaint.

En troisième lieu, à l'égard des créanciers – qui, encore une fois, sont les seuls auxquels la loi exige d'offrir la possibilité de formuler une offre supérieure -, la question se serait posée, en l'espèce, de savoir à partir de quel montant ils auraient dû être considérés comme ayant formulé une offre supérieure au sens de l'art. 256 al. 3 LP, en d'autres termes quel était le montant déterminant effectif de l'offre des cessionnaires retenue par l'Office qu'une offre de créanciers aurait dû surpasser. Sans doute l'art. 8 § 1 de la convention prévoit-il explicitement le montant de 100'000 fr. correspondant à la valeur de reprise des actifs cédés ; il résulte cependant de l'art. 8 considéré dans sa globalité qu'à ces 100'000 fr. s'ajouterait le versement d'un montant de 220'000 fr., correspondant, à concurrence de 170'000 fr., à la couverture des loyers pendant les deux ans durant lesquels la masse serait coresponsable du paiement du loyer selon l'art. 263 CO et, à concurrence de 50'000 fr., aux arriérés de loyer et aux charges d'exploitation depuis le 15 octobre 2004 qui seraient facturés à la masse ; il ressort par ailleurs de la combinaison des art. 5 § 3, 8 § 4 let. iv phr. 2 et 9 § 3 phr. 3 de la convention que si l'exercice des cessionnaires finalement évincés serait déficitaire, un enchérisseur devrait supporter l'entier de la perte et les investissements effectués jusqu'à un montant maximal de 250'000 fr. hors loyer et salaires. Aussi peut-on se demander si le montant réellement décisif aurait été celui de 100'000 fr., ou pas plutôt celui de 320'000 fr. (100'000 fr. + 220'000 fr.), voire potentiellement celui de 570'000 fr. (320'000 fr. + 250'000 fr.) hors salaires (les loyers et arriérés de loyer étant compris dans les 220'000 fr. englobés dans ce total). La question de la détermination et de l'admissibilité du montant de l'offre supérieure qu'un créancier aurait dû formuler pour l'emporter sur les cessionnaires peut toutefois rester ouverte, dès lors qu'aucun créancier n'a formulé d'offre supérieure dans cette affaire ni émis d'objection ou de plainte à l'encontre de la convention passée avec les cessionnaires.

- 6.c. En l'espèce, ce sont en effet des non-créanciers qui entrent en considération comme ayant formulé une offre supérieure et qui sont parties à la présente procédure. Or, à l'égard de non-créanciers, l'Office dispose d'un plus large pouvoir d'appréciation, puisqu'il n'est pas même tenu de leur donner la possibilité de formuler une offre supérieure.

Dès l'instant qu'une offre véritablement intéressante lui avait été faite – c'était le cas en l'espèce - et qu'il ne pouvait la retenir que moyennant des clauses et conditions renchérissant même sensiblement le prix qu'à tout le moins des non-créanciers devraient être d'accord de payer pour entrer en concurrence avec les premiers offrants, qu'il ne lui fallait pas moins lier sans tarder par une convention, l'Office n'a pas violé de dispositions légales ni agi contrairement aux intérêts de

la masse en prévoyant l'organisation d'enchères privées entre les cessionnaires et ces personnes, soit en envisageant, à des conditions sauvegardant les intérêts légitimes aussi des cessionnaires, qu'un montant finalement plus élevé puisse revenir à la masse dans la liquidation des actifs de la faillie, en l'espèce valorisés par un droit au bail.

Il sied de préciser dans ce contexte que l'art. 8 § 1 de la convention considérée ne limite pas à des créanciers la possibilité de formuler des offres supérieures, et que si d'autres dispositions de cette convention font certes mention d'offres supérieures formulées par des créanciers, l'Office n'a jamais exclu mais au contraire a envisagé que des offres pourraient être formulées par des non-créanciers, comme cela résulte de l'insertion de l'art. 7 phr. 2 LaLP dans le préambule même de la convention. Preuve en est aussi qu'il a eu des contacts avec d'autres offrants parallèlement à ceux qu'il avait avec B_____ et C_____ tant avant qu'après la conclusion de la convention litigieuse, qu'il n'en a écarté aucun pour défaut de qualité de créancier mais a requis de chacun le versement des montants et garanties prévus par la convention, qu'à réception de la plainte A/2332/2004 de A_____ SA il n'a nullement objecté qu'elle émanait d'un non-créancier, et qu'il a subordonné la validité de la convention à l'absence de plainte à son encontre. La bonne foi commande en l'espèce d'interpréter la convention conclue dans ce sens, même s'il n'existe pas de pratique généralisée d'admettre les offres supérieures de non-créanciers. Au demeurant, si elle parvenait à une conclusion inverse, la Commission de céans, qui n'est pas liée par les motifs invoqués par les parties (art. 20a al. 2 ch. 3 et al. 3 LP ; art. 69 al. 1 phr. 2 LPA et art. 13 al. 5 LaLP), jugerait nécessaire et opportun que des enchères privées soient organisées en l'espèce et, admettant dans ce sens partiellement la plainte A/2332/2004 de A_____ SA, elle placerait l'Office et B_____ et C_____ dans la situation d'accepter que la convention litigieuse soit modifiée en conséquence, ainsi qu'il y auraient intérêt en guise d'alternative à la renonciation à toute convention.

- 7.a. Non sans relever qu'en entrant ainsi dans le bail, l'Office a opté pour une stratégie susceptible de devenir aventureuse, la Commission de céans considère qu'à ce jour – alors qu'il est avéré que le Tribunal de première instance a ordonné la liquidation sommaire de la faillite, que le délai pour les productions est échu et qu'aucun créancier n'a formulé d'offre supérieure ni n'a émis d'objection ou de plainte à l'encontre de la convention litigieuse – les intérêts de la masse se trouvent sauvegardés sans que les risques liés au procédé suivi ne se soient réalisés, preuve peut-être que l'offre retenue par l'Office était et reste intéressante pour les créanciers (pour ne pas dire, à l'instar de l'Office, « inespérée »).

Elle rejettera donc la plainte A/2332/2004 de A_____ SA, la convention contestée n'était au demeurant pas affectée d'un vice entraînant sa nullité.

- 7.b. Quand bien même des non-créanciers ne détiennent pas légalement un droit à la formulation d'offres supérieures et, partant, à la participation à des enchères privées que l'Office organiserait dans l'hypothèse où une offre supérieure serait formulée, il est conforme au principe de la bonne foi d'admettre en l'espèce que les conditions conventionnelles de l'organisation d'enchères privées sont remplies et que l'Office doit y admettre les offrants ayant satisfait aux exigences fixées par la convention, à savoir, d'après les informations fournies par l'Office, A_____ SA, E_____ ou S_____ SA (cf. consid. 1.b), et F_____ Ltd, en plus de B_____ et C_____.

Sans doute cela a-t-il pour effet, en soi inadmissible dans la perspective initiale d'une réalisation d'urgence (consid. 5.a), que l'objet d'une telle vente aux enchères privées est en réalité devenu davantage un pas-de-porte qu'un fonds de commerce, dès lors que A_____ SA et semble-t-il aussi F_____ Ltd sont admis à y participer en n'ayant apparemment aucun intérêt direct à la cession des actifs inventoriés, dans la mesure où ils n'entendent pas exploiter un magasin d'optique dans l'arcade considérée, seul objet de leur convoitise. La procédure de faillite en est toutefois à ce jour au stade postérieur à l'expiration du délai de production, où il s'agit de réaliser les actifs au mieux des intérêts des créanciers ; de plus, dans le contexte de cette affaire, la bonne foi dicte cette solution, qui n'est par ailleurs pas affectée d'un vice entraînant sa nullité.

La Commission de céans rejettera donc la plainte A/2370/2004 de B_____ et C_____, et elle renverra la cause à l'Office pour l'organisation d'une vente aux enchères privées, dont il ne lui appartient pas de fixer ici les conditions plus détaillées.

- 7.c. La présente décision, que l'Office n'interprétera pas comme une incitation à emprunter plus généralement la voie qu'il a suivie en l'espèce, doit être communiquée aussi à F_____ Ltd, même si cette dernière n'est pas intervenue dans la procédure, contrairement à E_____.
- 7.d. La procédure de plainte est gratuite (art. 20a al. 1 phr. 1 LP ; art. 61 al. 2 let. a OELP). Il ne peut être alloué aucun dépens (art. 62 al. 2 OELP).

* * * * *

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

A la forme :

1. Déclare recevables les plaintes A/2332/2004 et A/2370/2004 formées respectivement les 15 novembre 2004 par **SST SA** et 19 novembre 2004 par **B_____** et **C_____** dans la faillite de la société **D_____ & Cie SA**.
2. Les joint en une même procédure.
3. Confirme l'appel en cause de **E_____** au sens des considérants.

Au fond :

4. Rejette les plaintes A/2332/2004 de **A_____ SA** et A/2370/2004 de **B_____** et **C_____**.
5. Déboute les parties de toutes autres conclusions.
6. Renvoie la cause à l'Office des faillites pour l'organisation d'une vente aux enchères privées.
7. Dit que la présente décision doit être communiquée à l'administration de la masse en faillite **D_____ & Cie SA** (soit pour elle à l'Office des faillites), à **A_____ SA** (soit pour elle à Me Frédéric COTTIER), à **B_____** et **C_____** (soit pour eux à Me Yves DE COULON), à **E_____** (soit pour elle Me Guillaume RUFF), ainsi qu'à **F_____ Ltd**.

Siégeant :

M. Raphaël MARTIN, président ; MM. Didier BROSSET et Olivier WEHRLI, juges assesseurs.

Au nom de la Commission de surveillance :

Cendy RENAUD

Raphaël MARTIN

Commise-greffière :

Président :

La présente décision est communiquée par courrier A à l'Office concerné et par lettre signature aux autres parties par la greffière le _____