Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
5A 170/2012

Arrêt du 24 août 2012
IIe Cour de droit civil

Composition
Mmes et M. les Juges fédéraux Hohl, Présidente,
Escher et Herrmann.
Greffier: M. Richard.

Participants à la procédure
X._____ SA,
représentée par Me Beat Mumenthaler, avocat,
recourante,

contre

Masse en faillite de A._____, c/o Maître Jaroslaw Grabowski, avocat,
intimée,

Office des faillites de Genève, chemin de la Marbrerie 13, 1227 Carouge GE.

Objet
inventaire d'une faillite ancillaire; cession des droits,

recours contre la décision de la Cour de justice du canton de Genève, autorité de surveillance des Offices des poursuites et faillites, du 9 février 2012.

Faits:

A.
A.a Par jugement du 11 décembre 2007, le Tribunal d'arrondissement de B._____ (Pologne), a prononcé la faillite de la société polonaise à responsabilité limitée A._____ Le 24 juin 2010, sur requête du syndic de la masse en faillite de ladite société, le Tribunal de première instance du canton de Genève a, conformément aux art. 166 ss LDIP, reconnu en Suisse le jugement de faillite en question et ordonné l'exécution de la faillite ancillaire. Selon publication de l'Office des faillites du canton de Genève du 22 décembre 2010, cette faillite ancillaire devait être liquidée selon la procédure sommaire (art. 231 LP).
A.b Le 21 janvier 2011, par l'entremise de son conseil suisse, le syndic de la masse en faillite polonaise a demandé à l'office des faillites genevois de porter à l'inventaire de la faillite des créances de 12'155'747.16 USD et 49'437.75 PLN (17'521.18 USD) à l'encontre de Z._____ SA et de 23'539'943.31 USD à l'encontre de X._____ SA, ainsi que, à concurrence des mêmes montants, des prétentions en annulation de compensations effectuées au détriment de la faillie par ces sociétés et en dommages et intérêts contre les organes de celles-ci et de Y._____ SA. L'office a donné suite à cette demande dans un premier inventaire.
A.c Par courrier du 4 mars 2011, l'office a transmis l'inventaire, sur lequel avaient été portées les créances et prétentions susmentionnées, à l'administrateur des trois sociétés concernées, en l'invitant à lui faire savoir de quelle manière il entendait se libérer de ces prétentions. Le 4 avril 2011, dans le délai qui lui a été imparti, l'administrateur a contesté l'ensemble des prétentions et fait valoir que seules les créances à l'encontre de

Z._____ SA et de Y._____ SA pouvaient être admises à l'inventaire.
A.d L'office a modifié sa première décision. Le dépôt de l'état de collocation et de l'inventaire, sur lequel ne figuraient, à son point 1, que les deux créances des débitrices précitées pour les sommes de 12'155'747.16 USD et 49'437.75 PLN (17'521.18 USD), a été annoncé par publication dans la FOSC du 27 avril 2011. X._____ SA est la seule créancière à avoir été admise à l'état de collocation en « gage mobilier » pour une créance de 1'576'756 fr. 49 garantie par le nantissement des créances de A._____ figurant au chiffre 1 de l'inventaire, créances qui sont sises en Suisse en vertu de l'art. 167 al. 3 LDIP. Le 14 novembre 2011, le Tribunal fédéral a rejeté le recours formé contre l'arrêt cantonal prononçant l'irrecevabilité pour cause de tardiveté de la plainte formée par la masse en faillite polonaise contre l'inventaire (5A 543/2011).

B.
B.a Par circulaire du 28 juin 2011, l'office a demandé à X._____ SA, seule créancière colloquée, si elle renonçait à ce que l'administration procède au recouvrement des créances portées au chiffre 1 de l'inventaire et lui a offert la cession des droits de la masse conformément à l'art. 260 LP, cession que celle-ci a acceptée par courrier du 5 juillet 2011.
B.b Par acte du 11 juillet 2011, la masse en faillite polonaise a formé une plainte, doublée d'une requête d'effet suspensif, contre la décision de l'office du 28 juin 2011 d'offrir la cession des droits de la masse ancillaire à X._____ SA. L'effet suspensif a été accordé par ordonnance du 13 juillet 2011.

Par décision du 9 février 2012, la Cour de justice du canton de Genève, autorité de surveillance des Offices des poursuites et faillites, a admis la plainte. Elle a annulé la décision de l'office du 28 juin 2011 et a invité celui-ci à céder les droits de la masse ancillaire à la masse en faillite étrangère.

C.
Le 20 février 2012, X._____ SA interjette un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre cette décision, concluant à son annulation ainsi qu'à la cession des droits de la masse en faillite ancillaire en sa faveur. Elle requiert également que l'effet suspensif du recours soit confirmé. À l'appui de ses conclusions, elle se plaint de violation des art. 166 et 171 LDIP ainsi que 17 et 260 LP.

Suite à la détermination de l'intimée, qui a conclu au rejet de la requête d'effet suspensif, la Présidente de la Cour de céans a attribué l'effet suspensif au recours par ordonnance du 6 mars 2012.

Dans sa réponse du 22 juin 2012, l'intimée a conclu au rejet du recours. Chacune des parties a en outre déposé des observations ultérieures, dans lesquelles elles ont confirmé leurs conclusions.

Considérant en droit:

1.
Interjeté dans le délai (art. 100 al. 2 let. a LTF) et la forme (art. 42 LTF) prévus par la loi par une partie qui a succombé dans ses conclusions prises devant l'autorité précédente (art. 76 al. 1 LTF) et dirigé contre une décision finale (art. 90 LTF) rendue en matière de poursuite pour dettes et de faillite (art. 72 al. 2 let. a LTF) par une autorité cantonale de surveillance de dernière (unique) instance (art. 75 al. 1 LTF), le recours est en principe recevable, et ce indépendamment de la valeur litigieuse (art. 74 al. 2 let. c LTF).

2.
2.1 Le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF). Il ne connaît cependant de la violation des droits fondamentaux ou du droit cantonal que si ce grief a été soulevé et motivé (art. 106 al. 2 LTF; ATF 134 I 83 consid. 3.2; 133 II 249 consid. 1.4.2). Si le recourant se plaint de la violation de tels droits, il doit ainsi satisfaire au principe d'allégation (Rügeprinzip, principio dell'allegazione), en indiquant précisément quelle disposition constitutionnelle ou légale a été violée et en démontrant, par une argumentation précise, en quoi consiste la violation (ATF 133 IV 286 consid. 1.4; 133 II 249 consid. 1.4.2).

2.2 Le Tribunal fédéral ne peut s'écarter des faits établis par l'autorité précédente que si ceux-ci l'ont été

de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (art. 105 al. 2 LTF) et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF). Le recourant qui soutient que les faits ont été établis d'une manière manifestement inexacte (art. 97 al. 1 LTF), c'est-à-dire que les constatations de fait sont arbitraires au sens de l'art. 9 Cst. (ATF 133 II 249 consid. 1.2.2), doit satisfaire au principe d'allégation susmentionné (cf. supra consid. 2.1).

2.3 Les faits et moyens de preuve nouveaux sont prohibés (art. 99 al. 1 LTF); il n'y a exception à cette règle que lorsque c'est la décision de l'autorité précédente qui, pour la première fois, a rendu pertinents ces faits ou moyens de preuve, ce qu'il appartient au recourant de démontrer (ATF 133 III 393 consid. 3).

En l'espèce, l'intimée invoque un fait nouveau, à savoir que l'inventaire de la faillite ancillaire a été modifié le 27 février 2012 en ce sens qu'il a été précisé que les créances en faveur de A._____ à hauteur de 12'155'747.16 USD et 49'437.75 PLN (17'521.18 USD) contre Z._____ SA et Y._____ SA pour le solde de factures impayé consistaient en une action en paiement et en une prétention en annulation des compensations à due concurrence. Le sort de cette précision apportée à l'inventaire durant la procédure fédérale a été scellé par l'arrêt 5A 517/2012 de ce jour et n'a pas d'incidence sur l'issue de la présente cause.

3.
3.1 La cour cantonale a considéré en substance que l'administration de la faillite polonaise était habilitée à former une plainte contre la décision offrant la cession des droits d'agir de la masse de la faillite ancillaire à X._____ SA dès lors que la masse étrangère peut se voir céder ces droits selon le régime en cascade que la jurisprudence a déduit de l'art. 171 LDIP. Elle a ensuite jugé que, dans la mesure où aucun créancier au sens de l'art. 172 al. 1 let. b LDIP n'avait été colloqué dans la faillite ancillaire, la prétention devait être cédée à l'administration de la masse étrangère par préférence à l'intimée, qui est créancière gagiste au sens de l'art. 172 al. 1 let. a LDIP.

3.2 La recourante conteste tout d'abord que la masse en faillite étrangère puisse former une plainte contre la cession de prétentions à un créancier colloqué. Elle fait valoir que la mise en ?uvre de la faillite ancillaire relève de la compétence exclusive de l'administration de la masse ancillaire, la masse en faillite étrangère pouvant tout au plus faire valoir subsidiairement les droits à la révocation auxquels l'administration et les créanciers colloqués auraient renoncé. Or, dès lors que la cession ne concerne pas en l'espèce une action révocatoire mais une action en paiement, il n'y aurait pas de place pour le régime en cascade déduit de l'art. 171 LDIP ni pour une plainte de l'administration de la masse étrangère contre la cession à un créancier de cette action en paiement. Elle invoque ensuite que la cession d'une prétention sur la base de l'art. 260 LP est soumise aux seules conditions suivantes: 1°l'ensemble des créanciers ont renoncé à ce que la masse exerce la prétention litigieuse; 2°le cessionnaire est un créancier admis à l'état de collocation. Elle conteste en revanche que la cession au sens de l'art. 260 LP puisse intervenir en faveur de la masse étrangère et que le régime de cascade prévu à l'art. 171 LP
s'applique à d'autres créances que celles en révocation. Dans cette hypothèse, elle estime cependant que tous les créanciers colloqués dans la faillite ancillaire ont le droit d'obtenir la cession des prétentions inventoriées et non seulement ceux privilégiés au sens de l'art. 172 al. 1 let. b LDIP.

3.3 L'intimée estime que la cession des droits de la masse ancillaire fondée sur l'art. 260 LP doit s'effectuer pour les créances non révocatoires selon les règles admises pour l'action révocatoire de l'art. 171 LP. Elle en déduit que la cession des prétentions inventoriées doit être proposée, dans un premier temps aux créanciers colloqués puis à la masse en faillite étrangère. Elle juge en outre, comme la cour cantonale, que seuls les créanciers privilégiés au sens de l'art. 172 al. 1 let. b LDIP ont le droit d'obtenir la cession. Enfin, l'intimée fait valoir que la cession de la créance en faveur de la recourante, société mère de Z._____ SA, une des débitrices, est contraire à la bonne foi et à la ratio legis de l'art. 260 LP; elle requiert donc l'application analogique de la jurisprudence prohibant la cession des droits à un cessionnaire qui en est lui-même débiteur.

4.
La recourante conteste tout d'abord la qualité de l'administration de la masse étrangère pour former plainte

contre la décision de l'administration de la masse ancillaire de céder des droits à un créancier colloqué.

La qualité pour porter plainte selon l'art. 17 LP est reconnue à toute personne lésée ou exposée à l'être dans ses intérêts juridiquement protégés, ou à tout le moins atteinte dans ses intérêts de fait, par une mesure ou une omission d'un organe de la poursuite (ATF 138 III 219 consid. 2.3; 129 III 595 consid. 3; 120 III 42 consid. 3). En cas de faillite internationale, une fois que la faillite ancillaire a été ouverte (art. 170 al. 1 LDIP), l'office suisse des faillites est exclusivement compétent pour administrer et réaliser les droits patrimoniaux du débiteur commun en Suisse à l'exclusion de l'administration de la faillite étrangère (ATF 135 III 40 consid. 2.5.1; 137 III 631 consid. 2.3.3). Cela étant, dès lors que la masse de la faillite étrangère invoque qu'elle a un droit à obtenir une cession, même partielle, des droits de la masse ancillaire, son intérêt à former plainte contre une décision de céder l'entier de ceux-ci à un créancier colloqué ne fait aucun doute.

5.
La question litigieuse est de savoir si tous les créanciers colloqués dans la faillite ancillaire (art. 172 al. 1 let. a et b LDIP) ou si seuls les créanciers privilégiés (art. 172 al. 1 let. b LDIP) peuvent obtenir la cession de prétentions avant que celle-ci ne soit proposée à l'administration de la faillite étrangère.

5.1 En vertu de l'art. 170 al. 1 LDIP, la reconnaissance de la décision de faillite rendue à l'étranger a, en principe, les effets de la faillite tels que les prévoit le droit suisse pour tout le patrimoine du débiteur sis en Suisse. La procédure en Suisse est désignée par le terme de « faillite ancillaire ». Par le mécanisme particulier de cette mini-faillite, le droit international suisse de l'exécution forcée tend à assurer la protection des créanciers gagistes dont le gage est situé en Suisse et celle des créanciers privilégiés domiciliés en Suisse (ATF 134 III 366 consid. 5.1.2 et les références citées). Les effets de la faillite ancillaire sont régis par le droit suisse, à savoir la LP, sauf dispositions contraires de la LDIP (art. 170 al. 1 LDIP).

Dans la faillite ancillaire en Suisse, les actifs servent en premier lieu à payer les créanciers gagistes désignés à l'art. 219 LP et les créanciers non gagistes privilégiés qui ont leur domicile en Suisse (art. 172 al. 1 LDIP). Un solde éventuel est remis à la masse en faillite étrangère ou à ceux des créanciers qui y ont droit (art. 173 al. 1 LDIP). Toutefois, ce solde ne peut être remis qu'après reconnaissance de l'état de collocation étranger (art. 173 al. 2 LDIP). Lorsque cet état ne peut pas être reconnu, le solde n'est pas remis à la masse en faillite étrangère ou aux créanciers de la faillite principale, mais il est réparti entre les créanciers non privilégiés de la faillite ancillaire suisse (art. 174 al. 1 LDIP).

5.2 Selon la jurisprudence, lorsque la masse en faillite ancillaire renonce à réaliser une prétention, l'art. 260 LP s'applique et chacun des créanciers peut en demander la cession. À défaut de créanciers, la prétention peut être cédée à l'administration de la faillite étrangère (ATF 137 III 374 consid. 3 et les références citées). Le Tribunal fédéral a considéré que l'art. 171 LP prévoit expressément que la masse étrangère peut faire valoir des prétentions révocatoires, mais que cette disposition a pour seul but de clarifier la qualité pour agir de l'administration de la faillite étrangère, les art. 260, 285 ss et 214 LP étant déjà applicables à la faillite ancillaire par le renvoi de l'art. 170 al. 1 LDIP (ATF cité; s'agissant des prétentions fondées sur l'art. 214 LP, cf. BERTI, Basler Kommentar, 2007, n°14 ad art. 171 LDIP; BRACONI, Loi sur le droit international privé/Convention de Lugano, Commentaire romand, 2011, n°3 ad art. 171 LDIP; KAUFMANN-KOHLER/SCHÖLL, Poursuite et faillite, Commentaire romand, 2005, n°4 ad art. 171 LDIP). Il a jugé qu'il en allait donc de même des autres prétentions que la masse ancillaire renoncerait à recouvrer (art. 170 al. 1 LDIP). Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a appliqué l'art. 260 LP
alors qu'il n'y avait pas de créanciers colloqués dans la faillite ancillaire et a admis, de manière générale, que lorsqu'aucun des créanciers colloqués ne demande la cession des droits litigieux, la cession peut être allouée à la masse étrangère (ATF cité).
La question de savoir si les créanciers qui doivent renoncer à demander la cession sont les seuls créanciers privilégiés (art. 172 al. 1 let. b LDIP) ou les créanciers gagistes et les créanciers privilégiés (art. 172 al. 1 let. a et b LDIP) n'a cependant jamais été expressément tranchée. Dans des obiter dicta, le Tribunal fédéral semble toutefois avoir admis que l'offre ne doit être faite qu'aux créanciers privilégiés (cf. ATF 135 III 666 consid. 3.2.1 qui mentionne les créanciers privilégiés, mais renvoie à l'ATF 135 III 40 consid. 2.5.1, qui lui retient le

terme de créanciers colloqués, et l'arrêt 5A 483/2010 du 8 février 2011 consid. 2.2 où il est fait référence aux seuls créanciers privilégiés avec indication de l'art. 171 al. 1 let. b LDIP).

Il y a ainsi lieu d'examiner plus avant cette question qui est controversée en doctrine (pour une renonciation des seuls créanciers privilégiés au sens de l'art. 172 al. 1 let. b LDIP: cf. BRACONI, op. cit., n°19 ad art. 171 LDIP; GEHRI/KOSTKIEWICZ, Anerkennung ausländischer Insolvenzentscheide in der Schweiz - ein neuer Réduit National?, in RSDIE 2009, p. 215 s.; WÜTHRICH, Kann eine ausländische Konkursmasse in der Schweiz eine Klage gegen einen ihrer Schuldner mit Sitz oder Wohnsitz in der Schweiz einleiten?, in Jusletter du 25 octobre 2004, n. 5; plus nuancé dès lors qu'ils ne font pas référence à l'art. 172 al. 1 let. b LDIP mais utilisent le terme de créanciers privilégiés: STAEHELIN, Konkurs im Ausland - Drittschuldner in der Schweiz, in Schweizerisches und internationales Zwangsvollstreckungsrecht, Festschrift für Karl Spühler, 2005, p. 416 s.; WALTHER, Paulianische Anfechtungsansprüche im internationalen Verhältnis - ausgewählte Probleme, in Internationales Zivilprozess- und Verfahrensrecht V, 2005, p. 97; pour une renonciation de tous les créanciers colloqués: cf. BERTI, op. cit., n°9 ad art. 171 LDIP; BOMMER, Die Zuständigkeit für Widerspruchs- und Anfechtungsklagen im internationalen Verhältnis, 2001, p. 158;
BREITENSTEIN, Internationales Insolvenzrecht der Schweiz und der Vereinigten Staaten, 1990, n. 308; DUTOIT, Droit international privé, Commentaire de la LDIP, 4e éd., 2005, n°1 ad art. 171 LDIP; GILLIÉRON, Les dispositions de la nouvelle loi fédérale sur le droit international privé sur la faillite internationale, 1991, [cité: Dispositions], p. 100; JUCKER, Der internationale Gerichtsstand der schweizerischen paulianischen Anfechtungsklage, 2007, p. 332; KAUFMANN-KOHLER/SCHÖLL, op. cit., n°15 ad art. 171 LDIP; THEUS SIMONI, Englische, walisische und französische Konkursverwalter in der Schweiz, 1997, p. 351; VOLKEN, Zürcher Kommentar, 2004, n°17 ad art. 171 LDIP).

5.3 Il convient tout d'abord d'examiner quelle est, en général, la position des créanciers garantis par gage dans la faillite de la LP, ainsi que la portée de l'art. 260 LP.
5.3.1 Lorsqu'un débiteur est déclaré en faillite, ses biens sur lesquels il existe un gage entrent dans la masse en faillite, sous réserve des droits de préférence du créancier gagiste (art. 198 LP). Le produit de la réalisation du gage doit profiter audit créancier dans une mesure rigoureusement identique à ce qui serait survenu si ce gage avait été réalisé indépendamment de la procédure de liquidation; sa réalisation n'est placée dans les mains de l'administration de la faillite que dans la mesure où un excédent éventuel doit revenir à la masse (arrêt 7B.172/2002 du 12 novembre 2002 consid. 2; STAEHELIN, Basler Kommentar, 2010 [cité: Basler Kommentar], n°38 ad art. 262 LP; JEANDIN/CASONATO, Poursuite et faillite, Commentaire romand, 2005, n°32 ad art. 262 LP; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 1997-1999, n°9 ad art. 262 LP). Inversement, la masse en faillite ne doit pas payer les frais de la réalisation des gages (STAEHELIN, Basler Kommentar, n°41 ad art. 262 LP).
Les créances garanties par un gage sont colloquées par préférence sur le produit de ce gage (art. 219 al. 1 LP). Ainsi, le produit de la réalisation de ce gage sert à couvrir en premier lieu les frais d'inventaire, d'administration, de réalisation et de distribution dudit gage (art. 262 al. 2 et 144 al. 3 LP), puis les prétentions garanties par le gage et admises au passif (GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, 2001 [cité: Commentaire], n°30 ad art. 261 LP). Conformément à l'art. 85 OAOF, le tableau de distribution de la faillite indique en premier lieu, d'une manière précise, pour chaque objet remis en gage, le produit de sa réalisation ainsi que les frais d'inventaire, d'administration et de réalisation auxquels il a donné lieu, frais qui doivent être prélevés sur ce produit (art. 85 premier tiret OAOF). Ce n'est que s'il reste un excédent après le paiement des frais et le remboursement intégral des créances garanties par gage que cet excédent est versé au compte général de réalisation de l'actif; si, au contraire, la réalisation n'a pas suffi pour désintéresser les créanciers gagistes, ceux-ci seront inscrits dans les classes une à trois pour le montant dont ils restent à découvert, lorsque le failli était personnellement obligé au paiement de leurs créances (art. 85 2e tiret OAOF). En conséquence, à moins que le failli ne se soit personnellement obligé à l'égard du créancier (gagiste), celui-ci n'est pas colloqué dans les classes de l'art. 219 al. 4 LP.
5.3.2 En vertu de l'art. 260 LP, si l'ensemble des créanciers renonce à faire valoir une prétention, chacun d'eux peut en demander la cession à la masse (al. 1); le produit, déduction faite des frais, sert à couvrir les créances des cessionnaires dans l'ordre de leur rang et l'excédent est versé à la masse (al. 2).

L'office accorde la cession à tous les créanciers de la masse qui la demandent. Le droit d'obtenir une cession des droits de la masse au sens de l'art. 260 LP est lié ex lege à la qualité d'intervenant du créancier colloqué (ATF 55 III 65 consid. 2; GILLIÉRON, Commentaire, n°15 ad art. 260 LP). Ainsi, chaque créancier porté à l'état de collocation a le droit de requérir et d'obtenir la cession des droits de la masse aussi longtemps que sa créance n'a pas été définitivement écartée de l'état de collocation à la suite d'un procès intenté conformément à l'art. 250 LP (ATF 128 III 291 consid. 4; BERTI, Basler Kommentar, 2010, n°28 ad art. 260 LP; GILLIÉRON, Commentaire, n°42 ad art. 260 LP; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, op. cit., n°2 ad art. 260 LP; JEANNERET/CARRON, Poursuite et faillite, Commentaire romand, 2005, n°15 ad art. 260 LP). Chaque créancier cessionnaire se voit transférer, à titre individuel, le droit d'agir (Prozessführungsrecht) à la place de la masse, en son propre nom, pour son propre compte et à ses propres risques, mais il ne devient pas le titulaire de la prétention de droit matériel, qui continue d'appartenir à la masse (ATF 132 III 342 consid. 2.2; 121 III 488 consid. 2a et 2b; arrêt 5A 169/2008 du 29 janvier
2009 consid. 2.3.2 non publié aux ATF 135 III 321; HOHL, Procédure civile, Tome I, 2001, n. 543). Lorsque plusieurs créanciers cessionnaires font valoir en justice la prétention cédée, ils forment une consorité nécessaire (ATF 136 III 534 consid. 2.1; 121 III 488 consid. 2). Le créancier cessionnaire a la faculté d'agir: il n'est pas obligé d'intenter action; s'il laisse s'écouler le délai qui lui a été fixé sans agir, la cession ne devient caduque que pour autant que l'administration de la faillite la révoque (ATF 121 III 291 consid. 3c; arrêt 5C.194/2001 du 25 février 2002 consid. 5a in SJ 2002 I p. 494). Il peut conclure une transaction extrajudiciaire ou judiciaire (ATF 102 III 29; HOHL, op. cit., n. 546).
5.3.3 Le créancier garanti par un gage n'est pas un créancier de la « masse générale », à moins que le failli ne soit personnellement tenu envers lui (art. 85 2e tiret OAOF), auquel cas le solde de sa créance est colloquée, s'il n'est pas privilégié, en 3e classe (art. 219 al. 4 LP).

5.4 Dans la faillite ancillaire, ne sont colloqués que deux types de créanciers: les créanciers gagistes (art. 172 al. 1 let. a LDIP) et les créanciers non-gagistes privilégiés qui ont leur domicile en Suisse (art. 172 al. 1 let. b LDIP). Le créancier gagiste n'est garanti que par le gage (art. 219 al. 1 LP): en effet, il n'est en principe pas simultanément un créancier de la masse ancillaire générale - à moins d'être également un créancier privilégié au sens de l'art. 172 al. 1 let. b LDIP, ce qui n'est pas le cas en l'espèce - puisque les créanciers de 3e classe, classe dans laquelle il serait colloqué si le failli était personnellement tenu envers lui, ne sont pas colloqués dans la faillite ancillaire.

Le système instauré par les art. 166 ss LDIP ne permet donc pas d'attribuer au créancier gagiste plus que le montant de sa créance. Il y a ainsi lieu d'appliquer par analogie les règles relatives à la poursuite en réalisation de gage (art. 156 et 131 LP). Selon l'art. 131 al. 1 LP, lorsque tous les créanciers gagistes le demandent, les créances du débiteur non cotées à la bourse ou au marché leur sont données en paiement (dation en paiement; Hingabe an Zahlungsstatt). Une attribution partielle des créances du débiteur (Teil-Zession) suffit lorsque la créance du créancier gagiste est d'un montant inférieur à celles-là; le créancier n'est subrogé aux droits du débiteur que jusqu'à concurrence de sa créance (art. 131 al. 1 2e phr. LP; AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 2008, § 27 n. 51 p. 260; BETTSCHART, Poursuite et faillite, Commentaire romand, 2005, n°15 ad art. 131 LP). Le reste des créances du débiteur est cédé aux créanciers privilégiés (art. 172 al. 1 let. b LDIP) conformément à l'art. 260 LP et, à défaut de tels créanciers, à la masse en faillite étrangère conformément à la jurisprudence (cf. supra consid. 5.2).

5.5 En l'espèce, la créance garantie par gage mobilier de la recourante se monte, selon l'état de collocation à 1'576'756 fr. 49. Elle doit être payée par le produit de la réalisation du gage et, dès lors que la recourante est la seule créancière gagiste, par remise à titre de dation en paiement des créances de A._____ contre Z._____ SA et Y._____ SA à concurrence de 1'576'756 fr. 49. Pour ce faire, il y aura lieu de convertir cette somme en USD, selon le site http://www.fxtop.com, qui donne les taux officiels diffusés par la Banque centrale européenne (cf. ATF 135 III 88 consid. 4.1 in fine), au moment de la dation en paiement.
L'objection formulée par l'intimée à toute cession doit être rejetée. En effet, elle invoque qu'il serait contraire à la bonne foi et à la ratio legis de l'art. 260 LP que la recourante, société mère de Z._____ SA, une des débitrices, obtienne des créances de la faillie. Elle requiert l'application analogique de la jurisprudence prohibant la cession des droits à un cessionnaire qui en est lui-même débiteur. Certes, la jurisprudence considère comme

inadmissible la cession des droits à un cessionnaire qui est lui-même débiteur des droits cédés (ATF 54 III 211, 113 III 135 consid. 2b), mais on ne saurait simplement assimiler le cas d'espèce à cette situation. Il est tout à fait possible qu'une société mère puisse faire valoir une prétention contre sa société fille. L'intimée ne démontre d'ailleurs pas que les conditions d'une application du principe de la transparence seraient manifestement réalisées en l'espèce.

5.6 Le solde des créances de A._____ contre Z._____ SA et Y._____ SA inventoriées, soit 12'155'747.16 USD et 49'437.75 PLN représentant 17'521.18 USD, soit au total 12'173'268.34 USD - 1'576'756 fr. 49 à convertir en USD (cf. supra consid. 5.5), doit être cédé, faute de créanciers privilégiés au sens de l'art. 172 al. 1 let. b LDIP, à la masse en faillite étrangère.

6.
En définitive, le recours doit être partiellement admis et l'arrêt attaqué réformé en ce sens que l'Office des faillites de Genève est invité à donner en paiement à la recourante les créances de A._____ contre Z._____ SA et Y._____ SA à concurrence de 1'576'756 fr. 49 à convertir en USD au jour de la dation en paiement, et à céder à l'intimée le solde des créances de A._____ contre Z._____ SA et Y._____ SA. Dès lors que chacune des parties succombe partiellement dans ses conclusions, il y a lieu de répartir par moitié les frais judiciaires, arrêtés à 4'000 fr. (art. 66 al. 1 LTF) et de compenser les dépens (art. 68 al. 1 et 2 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.
Le recours est partiellement admis et l'arrêt attaqué réformé en ce sens que l'Office des faillites de Genève est invité à:

1°donner en paiement à la recourante les créances de A._____ contre Z._____ SA et Y._____ SA à concurrence de 1'576'756 fr. 49, à convertir en USD au jour de la dation en paiement;

2°céder à l'intimée le solde des créances de A._____ contre Z._____ SA et Y._____ SA.

2.
Les frais judiciaires, arrêtés à 4'000 fr., sont mis pour 2'000 fr. à la charge de la recourante et pour de 2'000 fr. à la charge de l'intimée.

3.
Les dépens sont compensés.

4.
Le présent arrêt est communiqué aux parties, à l'Office des faillites de Genève et à la Cour de justice du canton de Genève, autorité de surveillance des Offices des poursuites et faillites.

Lausanne, le 24 août 2012
Au nom de la IIe Cour de droit civil
du Tribunal fédéral suisse

La Présidente: Hohl

Le Greffier: Richard