

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2913/2013-CS

DCSO/243/13

DECISION

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre de surveillance
des Offices des poursuites et faillites

DU JEUDI 31 OCTOBRE 2013

Plainte 17 LP (A/2913/2013-CS) formée en date du 12 septembre 2013 par **S_____ SA**, élisant domicile en l'étude de Me Jacques ROULET, avocat.

* * * * *

Décision communiquée par courrier A à l'Office concerné
et par plis recommandés du greffier du
à :

- **S_____ SA**
c/o Me Jacques ROULET, avocat
Boulevard des Philosophes 9
1205 Genève.
 - **Masse en faillite de Z_____ Sàrl**
c/o Office des faillites
Chemin de la Marbrerie 13
1227 Carouge
Faillite n° F2013xxxx52/Groupe 4.
 - **Office des poursuites.**
-

EN FAIT

- A.**
- a.** Le 30 mai 2013 (selon l'édition informatisée de la poursuite), Z_____ Sàrl a requis une poursuite à l'encontre de S_____ SA portant sur la somme de 321'400 fr. réclamée au titre d'une "facture ouverte du 30.04.2013".
 - b.** Le 13 juin 2013, le Tribunal de première instance a prononcé la faillite de Z_____ Sàrl.
 - c.** Le 17 juin 2013, sur la base de la réquisition de poursuite déposée le 30 mai 2013 par Z_____ Sàrl, l'Office des poursuites a édité un commandement de payer, poursuite n° 13 xxxx28 M. S_____ SA y a formé opposition totale par courrier du 10 juillet 2013, soit le lendemain de sa notification le 9 juillet 2013.
 - d.** Le 4 juillet 2013, l'Office des faillites a imparti à S_____ SA un délai au 26 juillet 2013 pour payer la somme de 321'400 fr. "selon facture du 30 avril 2013".
 - e.** Par courrier du 17 juillet 2013, le conseil de S_____ SA a informé l'Office des faillites de l'absence de fondement de la créance objet de la poursuite n° 13 xxxx28 M et lui a demandé d'y donner contrordre.
 - f.** Ledit conseil a, sans succès, réitéré sa demande de donner contrordre à la poursuite, par plusieurs courriers et courriels adressés à l'Office des faillites entre les 12 et 22 août 2013.
 - g.** Le 29 août 2013, l'Office des faillites a informé S_____ SA que la créance litigieuse de 321'400 fr. avait été portée à l'inventaire à la demande de l'associé gérant de la société faillie.
 - h.** Le même jour, l'Office des faillites a formé devant le Tribunal de première instance une requête en suspension de la liquidation de la faillite de Z_____ Sàrl faute d'actif.
 - i.** Par courrier du 30 août 2013, l'Office des faillites a, d'une part, informé le conseil de S_____ SA qu'une requête de suspension de la faillite faute d'actif était pendante auprès du Tribunal de première et a, d'autre part, refusé de donner contrordre à la poursuite litigieuse.
- B.**
- a.** Par acte expédié le 12 septembre 2013 à la Chambre de céans, S_____ SA a formé plainte, avec demande d'effet suspensif, contre le refus de l'Office des faillites de donner contrordre à la poursuite n° 13 xxxx28 M, concluant, principalement, à l'annulation de la décision de l'Office des faillites du 30 août 2013, qu'elle indique avoir reçu le 2 septembre 2013.

S_____ SA fait grief à l'Office des faillites d'avoir rendu une décision inopportune. Elle considère que les règles régissant la liquidation de la faillite ne permettent pas de justifier l'emploi d'une poursuite contre un prétendu débiteur de la société faillie, dès lors que la LP prévoit de porter l'actif à l'inventaire et que, si la procédure de liquidation doit se poursuivre, l'administration de la faillite devra décider si elle introduit une procédure au fond ou si elle offre la cession de la créance contestée aux créanciers de la masse. Quoi qu'il en soit, dans la mesure où la créance litigieuse a été portée à l'inventaire, le maintien de la poursuite ne se justifierait pas. Au reste, en requérant la suspension de la liquidation faute d'actifs, l'Office des faillites admettrait implicitement que la masse en faillite est dénuée de tous actifs et, partant, que la créance inventoriée n'a aucune valeur.

En définitive, S_____ SA estime que si l'Office des faillites avait procédé à une juste pesée des intérêts en présence, il aurait décidé que le dommage causé par la poursuite litigieuse pesait bien plus lourdement que le maintien de cette poursuite, qui n'aurait aucun intérêt dans la procédure de faillite.

S_____ SA relève enfin que si la suspension faute d'actif devait aboutir à la clôture de la faillite de Z_____ Sàrl, cette clôture aurait pour effet non seulement la fin de la compétence de l'Office des faillites, mais aussi la radiation de la société du registre du commerce, ce qui laisserait durant de longues années la poursuite litigieuse ouverte dans les registres de l'Office des poursuites.

b. L'effet suspensif a été refusé par ordonnance du 16 septembre 2013.

c. Dans ses déterminations du 7 octobre 2013, l'Office des faillites conclut à la confirmation de sa décision du 30 août 2013 et au déboutement de S_____ SA de toutes ses conclusions.

L'Office considère qu'il n'est pas dans l'intérêt de la masse de procéder au contrordre sollicité par la plaignante. Il expose que la réquisition de poursuite est un moyen que préconise l'art. 223 LP pour assurer le maintien de la masse et éviter qu'elle ne diminue. Il serait "évident" que procéder au contrordre de la poursuite litigieuse risquerait de priver la masse d'un actif. Plus particulièrement, le contrordre risquerait d'entraîner la prescription de la créance contestée au préjudice des créanciers de la masse, qui se verraient ainsi dépossédés d'un actif. Procéder au contrordre pourrait même avoir pour conséquence d'engager la responsabilité de l'Etat pour la somme que représente la poursuite en cause.

L'Office relève en outre que le fait d'inscrire la créance litigieuse à l'inventaire est un simple acte d'administration interne, sans effets à l'égard des tiers. Il serait dès lors justifié de procéder par une réquisition de poursuite pour préserver les droits de la masse et des créanciers et éviter la prescription de la créance.

Pour le surplus, l'Office conteste que la requête de suspension de la liquidation faute d'actif signifie que la créance inventoriée n'aurait aucune valeur.

Il rappelle enfin qu'il appartient au débiteur d'agir par les voies de droit utiles pour obtenir la radiation de la poursuite.

d. Le 8 octobre 2013, la Chambre de céans a transmis les déterminations de l'Office des faillites à S_____ SA et a informé les parties que l'instruction de la cause était close.

e. Par réplique spontanée du 10 octobre 2013, S_____ SA s'est déterminée sur les arguments avancés par l'Office des faillites et a persisté dans ses conclusions.

S_____ SA considère "ubuesque" la situation que générerait pour elle la clôture de la faillite de Z_____ Sàrl. Elle devrait en effet, pour qu'il puisse être fait droit à ses conclusions en annulation de la poursuite, procéder au blocage du registre du commerce aux fins d'éviter la radiation de Z_____ Sàrl, puis, après avoir initié une procédure de mesures provisionnelles, agir au fond en constatation de l'inexistence de la prétention déduite en poursuite.

f. Le 11 octobre 2013, la Chambre de céans a transmis à l'Office des faillites la réplique spontanée de S_____ SA.

C. Les faits suivants sont intervenus postérieurement au dépôt de la plainte:

a. Le 19 septembre 2013, le Tribunal de première instance a ordonné la suspension de la liquidation de la faillite de Z_____ Sàrl faute d'actif.

b. Par publication dans la FOOSC du 1^{er} octobre 2013, les créanciers ont été avisés que la faillite serait clôturée si, dans un délai échéant le 11 octobre 2013, ils ne requéraient pas la liquidation et ne fournissaient pas la somme de 5'000 fr. à titre d'avance de frais.

c. Aucun créancier n'ayant fourni l'avance susvisée dans le délai imparti, l'Office des faillites a déposé, le 16 octobre 2013, une requête de clôture de la faillite devant le Tribunal de première instance. L'Office a transmis le même jour copie de cette requête à la Chambre de céans.

d. Le 17 octobre 2013, la Chambre de céans a envoyé copie de la requête de clôture à S_____ SA, en lui impartissant un délai au 28 octobre 2013 pour se déterminer quant au maintien ou non de sa plainte.

e. Par courrier du 23 octobre 2013, S_____ SA a informé la Chambre de céans qu'elle s'était opposée auprès du Tribunal de première instance à la clôture de la faillite et qu'elle maintenait en conséquence sa plainte.

S_____ SA a joint copie de son courrier d'opposition adressé le 23 octobre 2013 au Tribunal de première instance. L'opposition à la clôture de la faillite est motivée par le fait qu'"une action générale en constatation de l'inexistence de la créance, telle que prévue par la jurisprudence, sera très prochainement déposée" et que "la clôture de la faillite impliquant la radiation de Z_____ Sàrl du registre du commerce et la fin de la compétence de l'Office des faillites, le dépôt de cette action [serait] nulle faute de créancier". Cela lui causerait ainsi un dommage irréparable, dès lors qu'elle "n'aurait plus aucun moyen pour faire radier la poursuite frauduleuse inscrite à son encontre".

EN DROIT

1. **1.1** La Chambre de surveillance est compétente pour statuer sur les plaintes formées en application de la LP (art. 13 LP; art. 126 al. 2 let. c LOJ; art. 6 al. 1 et 3 et 7 al. 1 LaLP) contre des mesures non attaques par la voie judiciaire (art. 17 al. 1 LP).

La décision visée par la plainte doit concrétiser un acte relevant de l'exécution et émaner d'une autorité en charge de mener une procédure d'exécution forcée; en d'autres termes, la plainte a pour objet une mesure prise par l'autorité de poursuite dans l'exercice unilatéral de ses attributions relevant de la puissance publique (JEANDIN, La plainte et le recours (art. 17-22 et 36 LP), in Sviluppi e orientamenti del diritto esecutivo federale, CFPG 48, 2012, p. 7).

La mise en œuvre de poursuites liées à la sauvegarde des intérêts de la masse, notamment dans le but d'interrompre la prescription, entre dans le cadre des mesures que peut prendre l'administration de la faillite en vertu des art. 223 et 240 LP; les décisions y relatives sont attaques par la voie de la plainte devant l'autorité de surveillance (cf. JEANDIN/FISCHER, in CR-LP, n. 8 et 10 ad art. 240 LP; VOUILLOZ, in CR-LP, n. 9 ad art. 223 LP).

Il suit de là que le refus de l'administration de la faillite de donner contrordre à la poursuite dirigée contre la plaignante est une mesure sujette à plainte.

1.2 La plainte contre une mesure de l'Office doit être déposée dans les dix jours suivant celui où le plaignant a eu connaissance de la décision attaquée (art. 17 al. 2 LP). En l'espèce, expédiée, selon les exigences de forme prescrites par la loi (art. 9 al. 1 LaLP et art. 65 al. 1 et 2 LPA applicable par renvoi de l'art. 9 al. 4 LaLP), en date du 12 septembre 2013 contre une décision notifiée le 2 septembre 2013, la plainte a été formée en temps utile.

1.3

1.3.1 La qualité pour porter plainte selon l'art. 17 LP – condition de recevabilité devant être examinée d'office (GILLIERON, Commentaire, n. 140 ad 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, JT 2004 II 96; 120 III 42 consid. 3). Le plaignant doit dans tous les cas poursuivre un but concret; il doit être matériellement lésé par les effets de la décision attaquée et avoir un intérêt digne de protection à sa modification ou à son annulation (ATF 138 III 219 consid. 2.3; 120 II 5 consid. 2a, JT 1995 I 189).

De pratique constante, la plainte n'est ainsi recevable que si elle permet d'atteindre un but concret sur le plan de l'exécution forcée, mais non si la mesure critiquée est irrévocable, lors même qu'une cause de nullité est alléguée (ATF 99 III 58 consid. 2, JT 1974 II 71 et les arrêts cités; GILLIERON, Commentaire, n. 156 ad art. 17 LP).

En présence de faits irrévocables, la clôture de la poursuite empêche d'annuler un acte de poursuite (cf. ATF 138 III 265 consid. 3.3.1; 72 III 42, JT 1947 II 6; arrêt du Tribunal fédéral B.42/1981 du 3 avril 1981 consid. 2, in Rep. 1982 p. 352).

1.3.2 Si aucun créancier ne fournit la sûreté visée par l'art. 230 al. 2 LP, la faillite est clôturée, sans qu'une décision judiciaire constitutive soit prononcée. A défaut de requête de liquidation dans les dix jours, la faillite est *ipso facto* clôturée à l'expiration du délai. La décision du juge clôturant la faillite est de nature déclaratoire (VOUILLOZ, in CR-LP, n. 6 ad art. 230 LP; LUSTENBERGER, in BaK SchKG-II, n. 11 ad art. 230 LP; TF, 16.07.1985, BLSchK 1988 p. 179 consid. 2). Ainsi, à l'expiration du délai de dix jours, si aucun créancier ne s'est manifesté, l'Office des faillites n'a plus la compétence de réaliser le patrimoine du failli (BLSchK 1988 p. 179; cf. ég. ATF 127 III 371 consid. 4b, JT 2001 II 59).

1.3.3 En l'espèce, les sûretés réclamées par publication dans la FOSSC du 1^{er} octobre 2013 n'ont pas été fournies dans le délai de dix jours de l'art. 230 al. 2 LP. Il s'ensuit que la faillite doit être considérée comme clôturée, sans égard au jugement – purement déclaratoire – à intervenir. La plainte n'a, dans ces conditions, plus d'intérêt concret.

La clôture de la faillite étant postérieure au dépôt de la plainte, celle-ci doit être déclarée sans objet et non irrecevable (cf. ATF 118 Ia 488 consid. 1a).

2. La procédure de plainte est gratuite (art. 20a al. 2 ch. 5 LP et art. 61 al. 2 let. a OELP) et il ne peut être alloué aucuns dépens dans cette procédure (art. 62 al. 2 OELP).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
La Chambre de surveillance :

A la forme :

Déclare recevable la plainte formée le 12 septembre 2013 par S_____ SA contre la décision de l'Office des faillites du 30 août 2013 rendue dans le cadre de la faillite de Z_____ Sàrl (F2013xxxx52/Groupe 4).

Au fond :

Constate que la plainte est devenue sans objet en cours de procédure.

Raye la cause du rôle.

Siégeant :

Monsieur Grégory BOVEY, président; Monsieur Philipp GANZONI et Monsieur Denis KELLER, juges assesseurs; Madame Véronique PISCETTA, greffière.

Le président :

Grégory BOVEY

La greffière :

Véronique PISCETTA

Voie de recours :

Le recours en matière civile au sens de l'art. 72 al. 2 let. a de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110) est ouvert contre les décisions prises par la Chambre de surveillance des Offices des poursuites et des faillites, unique autorité cantonale de surveillance en matière de poursuite pour dettes et faillite (art. 126 LOJ). Il doit être déposé devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, dans les dix jours qui suivent la notification de l'expédition complète de la présente décision (art. 100 al. 1 et 2 let. a LTF) ou dans les cinq jours en matière de poursuite pour effets de change (art. 100 al. 3 let. a LTF). L'art. 119 al. 1 LTF prévoit que si une partie forme un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire. Le recours doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, en quoi l'acte attaqué viole le droit et les moyens de preuve, et être signé (art. 42 LTF).

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.