



POUVOIR JUDICIAIRE

A/3996/2013-CS

DCSO/44/14

DECISION

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre de surveillance
des Offices des poursuites et faillites

DU JEUDI 6 FEVRIER 2014

Plainte 17 LP (A/3996/2013-CS) formée en date du 12 décembre 2013 par **Z**_____,
comparant en personne.

* * * * *

Décision communiquée par courrier A à l'Office concerné
et par plis recommandés du greffier du 6 février 2014
à :

- **Z**_____

- **ETAT DE GENEVE – DEPARTEMENT DES
FINANCES**

Place de la Taconnerie 7
1204 Genève.

- **Office des faillites.**

EN FAIT

- A. a.** La faillite de X_____ SA a été prononcée le 5 mars 2007.
- b.** En raison d'une insuffisance d'actifs, la faillite a été suspendue le 21 novembre 2007. Z_____ ayant procédé à l'avance de frais de 15'000 fr., la liquidation sommaire de la faillite a été ordonnée par jugement du 22 janvier 2008.
- c.** Le 5 mars 2008, Z_____ a produit dans la faillite de X_____ SA une cédule hypothécaire d'un montant de 3'686'553 fr. 31.

La cédule hypothécaire est constituée sur les parcelles n^{os} 2xx et 2xx de la commune de Y_____. Ces parcelles sont inscrites comme sites contaminés au cadastre des sites pollués du canton. Une expertise de septembre 2007 estime les frais de dépollution à 3'200'000 fr.

d. L'ensemble des créanciers ayant renoncé à faire valoir certains droits appartenant à la masse, Z_____ se les est fait céder, les 11 décembre 2009, 29 juin 2011 et 24 juillet 2012.

e. L'avance de frais ne couvrant pas les frais de la faillite sommaire, la faillite a à nouveau été suspendue, par jugement du 5 novembre 2012.

Cette décision a été publiée dans la Feuille officielle suisse du commerce le 27 novembre 2012. Un délai au 7 décembre 2012 était octroyé aux créanciers pour requérir la liquidation et effectuer l'avance de frais de 30'000 fr., à défaut de quoi la faillite serait clôturée.

Aucun créancier ne s'est annoncé dans le délai imparti.

f. Aucun créancier gagiste n'ayant requis la réalisation de son gage, l'Office des faillites a annoncé à Z_____, par courrier du 18 décembre 2012, que les actifs immobiliers de la faillite seraient cédés à l'Etat.

g. L'Office a pris contact avec le Département des finances de l'Etat de Genève, le 15 janvier 2013, afin de déterminer si l'Etat acceptait la cession.

h. Le 20 septembre 2013, le Département s'est prononcé sur le sort de la cédule hypothécaire de Z_____ dans l'hypothèse d'une cession des parcelles à l'Etat de Genève. Il considérait que ces dernières devaient être remises libres de droits.

i. Le 11 octobre suivant, Z_____ s'est déclarée disposée à abattre substantiellement le montant nominal de la cédule, mais a refusé une cession libre de droit.

j. Le 5 décembre 2013, les parcelles ont été cédées à l'Etat de Genève.

k. Le lendemain, l'Office en a informé Z_____, lui indiquant par ailleurs, dans un pli adressé par télécopie et recommandé, que:

"La cession à l'Etat entraîne à son égard une extinction des créances garanties par les gages. L'extinction de la créance supprime toute portée matérielle au droit de gage, en raison de l'accessoriété du droit de gage.

Nous devons en conséquence procéder à la mutation au Registre Foncier et, vu ce qui précède, à la radiation des cédules inscrites sur les feuillets concernés. Dès lors, vous voudrez bien nous remettre le titre de 3'800'000.00 francs que vous détenez toujours, par retour de courrier".

B. Le 6 décembre 2013, Z_____ a écrit à l'Office pour s'opposer à la radiation de sa cédule hypothécaire. Elle concluait à ce qu'il soit reconnu que son droit de gage subsistait à la cession des parcelles à l'Etat et demandait à l'Office de transmettre son courrier à la Chambre de céans, s'il estimait qu'il s'agissait d'une plainte. L'Office a transmis le courrier à la Chambre de céans le 11 décembre 2013, comme objet de sa compétence.

L'Etat de Genève et l'Office concluent au rejet de la plainte.

C. Par courrier du 14 janvier 2014, les parties ont été informées du fait que la cause était gardée à juger.

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 de l'Office non attaques par la voie judiciaire (art. 17 al. 1 LP).

En l'espèce, la plainte est dirigée contre le courrier de l'Office du 6 décembre 2013 demandant à la plaignante de lui remettre la cédule hypothécaire par retour de courrier en vue de la radier. Ce courrier constitue une mesure de l'Office sujette à plainte, et le titulaire de la cédule hypothécaire a qualité pour agir par cette voie.

1.2 La plaignante a agi dans le délai de dix jours dès réception de la décision querellée (art. 17 al 2 LP). Dans son courrier du 6 décembre 2013 adressé à l'Office, la plaignante a prié celui-ci de revoir sa position ou, à défaut, de le transmettre à la Chambre de céans comme valant plainte. Cette dernière a déjà eu l'occasion de préciser que la pratique de l'Office consistant à transmettre à celle-ci les demandes de reconsidération pour valoir plainte était compatible avec le nouveau texte de l'art. 32 al. 2 LP (DCSO/101/2013 du 18 avril 2013). La transmission du courrier du 6 décembre 2013 à la Chambre de céans ne pose donc pas problème; les parties ne la contestent d'ailleurs pas.

Respectant pour le surplus les exigences de forme prescrites (art. 65 al. 1 LPA, applicable par renvoi de l'art. 9 al. 4 LaLP), la plainte est recevable.

2. A titre liminaire, la Chambre de céans relève que la plaignante – comme elle le reconnaît d'ailleurs elle-même – ne peut pas se plaindre dans la présente du non-respect de la procédure de l'art. 230a al. 2 LP. En effet, elle aurait dû, si elle s'y estimait fondée, faire valoir ses moyens à cet égard dès la réception du courrier de l'Office du 18 décembre 2012, par lequel elle était informée que les actifs immobiliers de la faillite allaient être cédés à l'Etat. Ayant renoncé à contester cette décision, la plaignante est aujourd'hui forclosée pour s'en plaindre.

Par ailleurs, la demande de la plaignante visant à obtenir le versement du disponible des loyers obtenus par la location de l'immeuble et conservés par l'Office ne fait pas l'objet de la décision querellée ni n'en est un corolaire. Ce point échappe donc également à l'examen de la Chambre de céans.

3. **3.1** La plaignante estime qu'en vertu de l'art. 230a al. 3 LP, si les actifs de la faillite sont cédés à l'Etat, ils le sont avec les gages les grevant. Partant, sa cédule hypothécaire ne peut être radiée après cession des parcelles à l'Etat de Genève.

Ce dernier allègue que les parcelles n'ont pratiquement aucune valeur, en raison du coût très élevé de dépollution incombant au propriétaire. Or, le créancier gagiste ne peut se retrouver dans une meilleure situation en cas de cession gratuite à l'Etat qu'en cas de réalisation des actifs. En outre, l'art. 230a al. 3 LP entraîne à l'égard de l'Etat une extinction de la créance personnelle garantie par gage et, en vertu du principe de l'accessorité (art. 114 al. 1 CO), l'extinction de toute portée du droit de gage, qui peut ainsi être radié.

L'Office soutient que le droit du créancier gagiste d'obtenir satisfaction par la réalisation de son gage s'éteint lorsque l'exécution forcée demeure sans résultat. Or, la cession à l'Etat à titre gratuit est une forme de réalisation forcée. L'Etat se trouve ainsi libéré des gages. Par ailleurs, la position défendue par la plaignante lui permettrait de requérir plus d'une fois la réalisation de son gage.

3.2 A teneur de la loi, lorsque la faillite d'une personne morale a été suspendue faute d'actifs (art. 230 LP) et que la masse en faillite comprend des valeurs grevées de droits de gage, chaque créancier gagiste peut exiger de l'Office la réalisation de son gage dans le délai imparti (art. 230a al. 2 LP). Si aucun créancier ne demande la réalisation de son gage, les actifs sont, après déduction des frais, cédés à l'Etat avec les charges qui les grevent, sans toutefois que celui-ci reprenne la dette personnelle (art. 230a al. 3 LP). Si l'autorité cantonale refuse la cession, l'Office procède à la réalisation des actifs (art. 230a al. 4 LP).

Est litigieuse la question de savoir si une cédula hypothécaire est une charge – qui est transférée à l'Etat lors de la cession – ou si elle est une dette personnelle, dont le droit de gage est l'accessoire – qui ne serait pas reprise par l'Etat.

La cédula hypothécaire est une créance personnelle (la créance cédulaire) garantie par un gage immobilier (art. 842 al. 1 CC). La cédula hypothécaire est une entité juridique abstraite, distincte de la créance de base, qui elle est causale, (en pratique souvent un prêt) ayant requis la constitution de la cédula hypothécaire (ATF 136 III 288 consid. 3.1). Le droit de gage est un droit accessoire de la créance cédulaire, mais non de la créance de base (art. 114 CO; Paul-Henri STEINAUER, Les droits réels, Tome III, 4^e éd. 2012, n° 2937). Le droit de gage s'éteint de par la loi lorsque l'immeuble fait l'objet d'une réalisation forcée, quel qu'en soit le résultat (*ibidem*, n° 2707a).

La créance cédulaire est personnelle, au sens de l'art. 842 al. 1 CC, dans la mesure où le débiteur répond du paiement du montant inscrit sur la cédula sur l'intégralité de ses biens et non uniquement sur la valeur de l'immeuble. Néanmoins, la cédula hypothécaire n'est pas une dette personnelle, puisque, indissociable du droit de gage, elle consiste en un droit réel opposable à tous.

Par ailleurs, la jurisprudence du Tribunal fédéral est claire: "*aussi longtemps qu'ils n'ont pas renoncé à la réalisation de leur gage, les créanciers gagistes doivent choisir comme le prescrit l'art. 230a al. 2 LP; s'ils ne réagissent pas, l'office offre la cession des actifs à l'Etat ou réalise ceux-ci, étant précisé que le créancier gagiste qui laisse expirer le délai fixé par l'office perd uniquement son droit de demander la réalisation du gage au sens de l'art. 230a LP, son droit de gage subsistant quelle que soit la suite donnée à la procédure*" (ATF 130 III 481 consid. 2.2; arrêt du Tribunal fédéral 7B_51/2000 du 22 mars 2000 consid. 2).

L'Etat de Genève et l'Office, qui considèrent que la cession à l'Etat entraîne l'extinction de la créance garantie par gage et, partant, du droit de gage, citent comme unique référence le commentaire romand (François VOUILLOZ in Commentaire romand de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, DALLEVES/FOËX/JEANDIN [éds.], 2005, n^{os} 17 et 34 ad art. 230a). Cette opinion ne trouve cependant pas d'assise dans le texte légal et son auteur a d'ailleurs, dans un article antérieur, pris une autre position (François VOUILLOZ, La suspension de la faillite faute d'actif, in B1SchK 2001 p. 41ss).

Par ailleurs, la jurisprudence fédérale est appuyée par la majorité des auteurs de doctrine, qui se sont prononcés à ce sujet (Andreas FEUZ, Liquidation von Aktiven trotz Einstellung des Konkurses mangels Aktiven?, in Insolvenz- und Wirtschaftsrecht 2002, p. 51; Dominik GASSER, Die Liquidation nach Artikel 230a SchKG, in Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel, Festschrift 75 Jahre Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz, 2000, p. 58;

Pierre-Robert GILLIERON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Articles 159-270, 2001, n^{os} 15 et 31 ad art. 230; Franco LORANDI, Einstellung des Konkurses über juristische Personen mangels Aktiven, in PJA 1999 p. 41ss; Sylvain MARCHAND, Précis de droit des poursuites, 2^{ème} éd. 2013, p. 144). Selon LORANDI (*ibidem*), la radiation du droit de gage, conséquence gravissime pour le créancier gagiste, ne peut pas être déduite de la loi, mais doit être explicitement prévue. GILLIERON (*ibidem*) précise, en outre, que le canton ou la commune ne répond que sur le droit patrimonial grevé qui lui est dévolu et non sur tout son patrimoine. Cet avis confirme que la composante liée au patrimoine personnel de la créance cédulaire n'est pas cédée à l'Etat.

Il s'ensuit que lors de la cession à l'Etat, ce dernier prend à sa charge la cédule hypothécaire, mais ne répond de la dette cédulaire que sur l'immeuble grevé.

3.3 En l'espèce, la faillite de X_____ SA a été suspendue faute d'actifs. Il n'y a donc pas eu d'exécution forcée, en particulier de réalisation d'actifs. Aucun créancier gagiste n'ayant requis la réalisation de son gage, l'Office a informé la plaignante que l'immeuble allait être cédé à l'Etat. Ni la loi ni les commentaires ne permettent de retenir que la cession gratuite à l'Etat, en vertu de l'art. 230a al. 3 LP, équivaut à une réalisation forcée. Il ne peut donc être considéré que le droit de gage de la plaignante se serait éteint de par la loi du seul fait de la cession à l'Etat de l'immeuble grevé par le gage cédulaire.

Au vu de l'art. 230a al. 3 LP et de la jurisprudence y relative exposée supra (consid. 3.2), le droit de gage subsiste après la cession à l'Etat, qui ne répond cependant qu'à hauteur de la cédule hypothécaire et non de la créance qu'elle garantit, d'une part. D'autre part, le gage greève uniquement le fonds, de sorte que l'Etat ne répond pas d'un éventuel découvert en cas de vente de l'immeuble; l'Etat ne peut donc être recherché en cas d'insuffisance du gage, la reprise de la charge excluant expressément, aux termes de l'art. 230a al. 3 LP, la reprise de la dette personnelle.

L'Etat de Genève relève, certes, que l'estimation de la valeur de l'immeuble est en-dessous du montant de la cédule hypothécaire. Il ne peut cependant en être déduit que la cédule est sans aucune valeur. En outre, seule la perte totale de l'immeuble grevé – ce qui n'est pas le cas en l'espèce – pourrait entraîner l'extinction du droit de gage (STEINAUER, *op. cit.*, n. 2707a).

Par ailleurs, le législateur n'a pas prévu de faire dépendre de la valeur du bien-fonds grevé ni des perspectives de sa valorisation la reprise du gage par l'Etat en cas de cession selon l'art. 230a al. 3 LP. Ainsi, l'augmentation in casu probable de la valeur du terrain après décontamination n'est pas non plus un motif justifiant de mettre en échec l'application de la disposition précitée.

En conclusion, la plainte est bien fondée, et la décision de l'Office sera annulée en tant qu'elle invite la plaignante à lui remettre la cédule litigieuse en vue d'obtenir sa radiation.

4. La procédure de plainte est gratuite (art. 61 al. 2 let. a OELP).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre de surveillance :**

A la forme :

Déclare recevable la plainte interjetée par Z_____ contre la décision rendue dans le cadre de la faillite de X_____ SA par l'Office des faillites le 6 décembre 2013 en tant qu'il l'invite à lui remettre la cédule hypothécaire en vue de la radier.

Au fond :

L'admet et annule la décision querellée, au sens des considérants.

Siégeant :

Madame Florence KRAUSKOPF, présidente; Madame Marilyn NAHMANI et Monsieur Philippe VEILLARD, juges assesseur(e)s; Madame Paulette DORMAN, greffière.

La présidente :

Florence KRAUSKOPF

La greffière :

Paulette DORMAN

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.