



POUVOIR JUDICIAIRE

DCSO/262/09

DÉCISION

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

DU JEUDI 28 MAI 2009

Cause A/1052/2009, plainte 17 LP formée le 23 mars 2009 par **Banque Cantonale de Genève**.

Décision communiquée à :

- **Banque Cantonale de Genève**
Quai de l'Ile 17
Case postale 2251
1211 Genève 2
- **A_____ SA, en liquidation concordataire**
- **Office des faillites** (2009 000293 V /OFA1)
- **Tribunal de première instance** (Cause C/1948/2008 12 NAR SF ; JTPI/3279/2009)

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 Commission de surveillance des Offices des poursuites et des faillites, unique autorité cantonale de surveillance en matière de poursuite pour dettes et faillite (art. 56R al. 3 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). 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).

EN FAIT

- A. Le 20 mars 1998, le Tribunal de première instance a accordé à A_____ SA un sursis concordataire jusqu'au 18 septembre 1998, puis, le 8 octobre 1998, il a prolongé ce délai jusqu'au 18 février 1999, et, le 22 juin 1999, il a homologué le concordat par abandon d'actif proposé par A_____ SA, dont la raison sociale est devenue A_____ SA, en liquidation concordataire.

La Banque Cantonale de Genève (ci-après : la BCGe) a déposé une réquisition de poursuite contre A_____ SA, en liquidation concordataire, le 7 août 2007, pour réclamer le règlement du solde du compte courant n° xxxx au montant de 2'995'297 fr. 45 plus intérêts. Des pièces en possession de la Commission de céans dans le cadre de son activité de surveillance, notamment le procès-verbal de l'assemblée des créanciers du 11 décembre 2002, ce compte correspond aux avances de trésorerie octroyées par la BCGe pour mener à bien l'exécution du sursis concordataire et la liquidation concordataire.

Le commandement de payer, dans le cadre de cette poursuite enregistrée sous n° 07 xxxx96 D, a été notifié le 16 août 2007 à M. B_____, l'un des liquidateurs de A_____ SA, en liquidation concordataire, qui n'a pas formé opposition. La BCGe a alors requis la continuation de la poursuite et une commination de faillite a été notifiée à A_____ SA, en liquidation concordataire, le 9 octobre 2007.

Sur requête de la BCGe du 2 février 2008, le Tribunal de première instance a prononcé par jugement n° JTPI/3279/2009 du 3 mars 2009 la faillite d'A_____ SA, en liquidation concordataire, à compter du 3 mars 2009 à 14 heure 45.

Le 11 mars 2009, l'Office des faillites (ci-après : l'Office) a écrit à la BCGe pour l'informer que la poursuite devait se continuer par voie de saisie et non pas de faillite, vu que lors du dépôt de la réquisition de continuer la poursuite, une liquidation concordataire était déjà en cours. Fort de cette constatation, l'Office indique refuser d'exécuter le jugement de faillite.

- B. La BCGe a déposé plainte le 23 mars 2009 contre la décision de l'Office du 11 mars 2009. La BCGe estime que l'Office est un organe d'exécution, qu'en l'occurrence, il a outrepassé son pouvoir d'appréciation en ne donnant pas, à tort, suite au jugement prononçant la faillite d'A_____ SA, en liquidation concordataire. La BCGe conclut ainsi à l'annulation de la décision querellée et à ce que l'Office soit invité à donner suite au jugement prononçant la faillite d'A_____ SA, en liquidation concordataire.
- C. Invité à se déterminer, l'Office a remis son rapport le 27 avril 2009 et conclut au rejet de la plainte. Il relève qu'il n'est pas contesté que la créance objet de la poursuite est née postérieurement à l'homologation du concordat et que, partant, elle devait être poursuivie par voie de saisie et non pas de faillite.

EN DROIT

1. La présente plainte a été formée en temps utile auprès de l'autorité compétente contre une mesure sujette à plainte par une personne ayant qualité pour agir par cette voie (art. 17 LP ; art. 10 al. 1 et 13 LaLP ; art. 56R al. 3 LOJ).

Elle est donc recevable.

2. Bien que la cause de l'obligation ne soit pas énoncée avec précision, il n'est contesté par aucune des parties que la créance, objet de la poursuite, doit être considérée comme une dette de masse, soit une dette contractée pendant le sursis, par le débiteur ou par le commissaire dans les limites de son pouvoir de décision ou de représentation. (art. 310 al. 2 LP), voire durant les opérations de liquidation concordataire par les liquidateurs. Est considérée comme une dette de masse, la dette non comprise dans le concordat, comme en l'espèce.

Les dettes de masse peuvent être payées immédiatement car elles ne sont pas comprises dans le concordat. Sans cela, très souvent, il ne serait pas possible d'assurer la continuation des affaires pendant le sursis, puisque les partenaires commerciaux du débiteur ne seraient pas prêts à fournir de nouvelles livraisons, s'ils ne peuvent compter sur un payement immédiat.

Que ce soit sous l'empire de l'ancien droit (art. 316d al. 2 aLP) ou du nouveau droit, le Tribunal fédéral considère que les dettes de masse ne sont recouvrables que par la voie de la saisie, l'interdiction de toute procédure d'exécution forcée (art. 297 aLP et 316a aLP) ne se rapportant qu'aux créances comprises dans le concordat (ATF 100 III 30 c. 2, JdT 1975 II 41, 44).

Comme déjà dit, le Tribunal fédéral n'a pas changé d'optique avec l'entrée en vigueur du nouveau droit. Ainsi, la masse peut être poursuivie pour des dettes non comprises dans le concordat par la voie de la saisie (art. 310 al. 2 seconde phrase LP) (A. Winkelmann, L. Lévy, V. Jeanneret, O. Merkt, F. Birchler, Basler Kommentar zum SchKG, vol III, ad art. 319, n° 21 ; Commentaire romand, ad art. 319, n° 29 ; JT 2000 II 59).

C'est donc à tort que la faillite d'A_____ SA, en cours de liquidation concordataire, a été prononcée, seule la voie de la saisie étant ouverte dans un tel cas.

- 3.a. Reste à déterminer si l'Office doit donner suite à un tel jugement, comme le soutient la plaignante.

Le jugement de faillite est communiqué sans retard à l'Office (art. 176 al. 1 ch. 1 LP), qui doit prendre aussitôt les premières mesures de liquidation de la faillite, comprenant l'inventaire des biens du failli (art. 221 ss LP).

Le juge prononce la faillite dans l'exercice d'une compétence d'attribution en application du droit des poursuites et des faillites, ordonnant par là un acte d'exécution forcée qu'il revient à l'Office de mettre en œuvre. La déclaration de faillite lie en principe l'Office. Celui-ci n'est toutefois pas tenu d'exécuter le jugement de faillite s'il appert que cet acte n'est pas conforme à la loi, en particulier si la procédure de poursuite antérieure à la requête de faillite ou la procédure sommaire devant le juge de la faillite sont affectées d'un vice constitutif d'un motif de nullité (ATF 7B.169/2004 du 15 septembre 2004 consid. 2.2 ; Flavio Cometta, in CR-LP, ad art. 176 n° 2 ; Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 174 n° 34).

En revanche, l'Office est lié par les décisions du juge qui tranchent des questions de droit matériel, les autorités de poursuite n'étant pas compétentes pour examiner de telles questions (ATF 115 III 18 consid. 3b; 113 II 2 consid. 2b).

- 3.b. En l'espèce, il est établi que le jugement de faillite est affecté d'un vice, la débitrice devant être poursuivie par la voie de la saisie et non celle de la faillite.

L'Office n'avait donc aucune raison de donner suite à ce jugement de faillite, et c'est avec raison qu'il a rendu la décision querellée, sujette à plainte stipulant et motivant son refus d'exécution (Flavio Cometta, in CR-LP, ad art. 176 n° 2 *in fine*).

La plainte sera ainsi rejetée.

4. La présente décision sera également communiquée au Tribunal de première instance.

* * * * *

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

A la forme :

Déclare recevable la plainte formée le 23 mars 2009 par la Banque Cantonale de Genève contre la décision de l'Office des faillites du 11 mars 2009 dans le cadre de la poursuite n° 07 189796 D.

Au fond :

1. La rejette.
2. Déboute les parties de toutes autres conclusions..

Siégeant : M. Philippe GUNTZ, président ; M. Christian CHAVAZ, juge assesseur et M. Yves de COULON, juge assesseur suppléant.

Au nom de la Commission de surveillance :

Paulette DORMAN
Greffière :

Philippe GUNTZ
Président :

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