



POUVOIR JUDICIAIRE

DCSO/246/09

DÉCISION

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

DU JEUDI 28 MAI 2009

Cause A/1056/2009, plainte 17 LP formée le 16 mars 2009 par **G_____ SA**, élisant domicile c/o Thierry ZUMBACH, agent d'affaires breveté à Lausanne.

Décision communiquée à :

- **G_____ SA**
c/o Thierry ZUMBACH
Agent d'affaires breveté
Case postale 7800
1002 Lausanne

- **M. P_____**

- **Office des faillites**
(Faillite n° 2009 xxxx07 E)

- **Office des poursuites**

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. Par jugement du 24 avril 2007, confirmé par arrêt de la Cour de justice du 2 juillet 2007, le Tribunal de première instance a déclaré M. P_____, chef de la raison individuelle éponyme, en état de faillite.

Liquidée selon le mode sommaire, cette faillite a été clôturée par jugement du Tribunal de première instance du xx juin 2008 et l'inscription a été radiée d'office du Registre du commerce le 3 juillet 2008, selon publication dans la FOSC (publication dans la FAO du xx juillet 2008).

- B. Le 7 mai 2008, l'Office des poursuites a enregistré une réquisition de poursuite dirigée par G_____ SA contre M. P_____ en recouvrement de 8'524 fr. 55 plus intérêts à 5% dès le 4 décembre 2003 au titre d'une facture du 4 décembre 2003.

Un commandement de payer, poursuite n° 08 xxxx56 H, a été notifié au poursuivi le 24 juin 2008.

Le 7 juillet 2008, G_____ SA a requis la continuation de la poursuite.

Le 15 septembre 2008, une commination de faillite a été notifiée à M. P_____.

Par jugement du 3 mars 2009, communiqué pour notification à l'Office des faillites, à l'Office des poursuites, au Registre du commerce et au Registre foncier, le Tribunal de première instance a déclaré le prénommé en état de faillite.

Le 10 mars 2009, l'Office des faillite (ci-après : l'Office) a informé G_____ SA qu'il refusait d'exécuter le jugement de faillite et qu'il recevrait prochainement le montant de 479 fr. correspondant à son versement à titre d'avance, sous déduction des frais et émoluments de 21 fr. L'Office indiquait que M. P_____ était toujours inscrit au Registre du commerce alors que son inscription aurait dû être radiée suite à la clôture de sa faillite et que c'est sur la base d'une fausse indication que l'Office des poursuites avait décidé de continuer la poursuite par voie de faillite.

- C. Par acte posté 16 mars 2009, G_____ SA a écrit à l'Office qu'à son avis il n'était pas exclu qu'un débiteur puisse être déclaré deux fois en faillite dès l'instant où aucune radiation n'est intervenue et qu'il refusait de faire les frais de cette éventuelle erreur. Elle demandait le remboursement de frais d'établissement de la commination de faillite ainsi que de l'émolument qu'elle avait payé au Tribunal de première instance, et priait l'Office d'établir immédiatement un avis de saisie.

Cet acte a été transmis à la Commission de céans par courrier daté du 17 mars 2009 et reçu le 25.

Le 27 avril 2009, l'Office a déposé son rapport. Il se limite à se référer "à l'argumentation développée dans sa lettre du 10 mars 2009, que la plaignante ne

remet du reste pas en cause" et conclut à ce que cette dernière soit déboutée de toutes ses conclusions.

Invité à se déterminer, M. P_____ n'a pas donné suite.

EN DROIT

- 1.a. La Commission de céans est compétente pour connaître des plaintes dirigées contre des mesures prises par des organes de l'exécution forcée qui ne sont pas attaques par la voie judiciaire (art. 17 LP ; art. 10 al. 1 et art. 11 al. 2 LaLP ; art. 56R al. 3 LOJ). La plainte doit être déposée dans les dix jours de celui où le plaignant a eu connaissance de la mesure.

En l'espèce, la plainte est dirigée contre une décision de l'Office refusant d'exécuter un jugement de faillite et la plaignante, en tant que poursuivante ayant requis le prononcé de la faillite, a qualité pour agir par cette voie.

- 1.b. Les cantons sont compétents pour organiser la procédure de plainte. Les règles qu'ils édictent à cette fin ne doivent rien renfermer de contraire à la lettre et à l'esprit des assez nombreuses règles que comporte le droit fédéral en la matière (art. 20a al. 3 LP ; Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 20a n° 9 ss et 147 ss ; Flavio Cometta, in SchKG I, ad art. 20a n° 2 ss et 48 ; Franco Lorandi, *Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit. Kommentar zu den Artikeln 13-30 SchKG*, ad art. 20a n° 92 ss). Selon le droit fédéral, il suffit que soient mentionnés la décision attaquée, le motif de la plainte et ce que le plaignant demande. Si les cantons ne peuvent poser des exigences plus strictes, ils peuvent cependant prévoir l'octroi d'un délai supplémentaire pour remédier aux lacunes de la plainte (Pauline Erard, CR-LP, ad art. 17 n° 34). Il revient aux cantons de déterminer notamment la forme et le contenu auxquels doivent satisfaire les plaintes.

Si la Commission de céans est liée par les conclusions des parties (art. 20a al. 2 ch. 3 LP ; art. 69 al. 1 LPA applicable par renvoi de l'art. 13 al. 5 LaLP), elle n'en doit pas moins interpréter, rectifier ou corriger les conclusions prises et peut tenir compte de conclusions implicites (Pauline Erard, in CR-LP, ad art. 17 n° 33 ; Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 18 n° 63 et ad art. 20a n° 71 *in fine* ; DCSO/578/2007 du 6 décembre 2007).

En l'occurrence, la plaignante ne prend pas formellement de conclusion tendant à l'annulation de la décision de l'Office. A teneur de sa plainte, la Commission de céans retient toutefois que cette conclusion est implicite et que la plaignante demande subsidiairement, si le refus d'exécuter le jugement de faillite devait être confirmé, le remboursement des frais qu'elle a dû avancer. Au demeurant, il sied

de relever que le motif pour lequel l'Office a refusé d'exécuter le jugement de faillite est erroné, l'inscription du poursuivi ayant bel et bien été radiée du Registre du commerce, lorsque l'Office des poursuites a été requis de continuer la poursuite.

1.c. Déposée dans le délai prescrit (cf. art. 32 al. 2 LP), la plainte sera toutefois déclarée partiellement recevable. Il n'appartient pas, en effet, à la plaignante de réclamer par la voie de la plainte la restitution des montants qu'elle a dû payer à l'Office des poursuites au titre d'émolument pour l'établissement d'une commination de faillite (cf. art. 5 LP) et au Tribunal de première instance pour les frais de justice.

2.a. La poursuite se continuer par la voie de la faillite lorsque le débiteur est inscrit au registre du commerce en qualité de chef d'une raison individuelle (art. 39 al. 1 ch. 1 LP).

En vertu de l'art. 40 al. 1 LP, la personne qui était inscrite au registre du commerce en l'une des qualités énumérées exhaustivement à l'art. 39 al. 1 LP et qui en a été radiée demeurent sujettes à la poursuite par voie de faillite durant les six mois qui suivent la publication de leur radiation dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC). Pour que les effets prolongés de l'inscription au registre du commerce s'appliquent, il faut qu'avant l'expiration du délai susmentionné le créancier requière la continuation de la poursuite (art. 88 LP) ou l'établissement du commandement de payer en cas de poursuite pour effet de change (art. 40 al. 2 LP).

2.b. En l'espèce, l'inscription du poursuivi en qualité de chef d'une raison individuelle a été radiée du Registre du commerce le 3 juillet 2008, date de la publication dans la FOSC, et la réquisition de continuer la poursuite a été enregistrée par l'Office des poursuites le 7 août 2008, soit dans les six mois suivant sa radiation.

Cela étant, la radiation est intervenue suite à la clôture de la faillite du poursuivi prononcée par jugement du xx juin 2008.

Or, selon la doctrine et la jurisprudence, l'art. 40 LP ne s'applique pas dans le cas où la radiation d'une personne inscrite doit être faite par suite de sa faillite. Dans cette éventualité, le débiteur est soumis à la procédure par voie de saisie dès la clôture de la procédure de faillite (Domenico Acocella in SchKG I, ad art. 40 n° 9 ; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, ad art. 40 n° 5 ; ATF 68 III 16, JdT 1942 II 71 ; ATF 62 III 131, JdT II 29 ; B1SchK 1947 142 ; cf. également DCSO/797/2005 du 9 juin 2005). L'art. 159 al. 5 let. b ORC prévoit d'ailleurs que l'entité juridique est radiée d'office lorsque la procédure de faillite est close par décision du tribunal.

3. La déclaration de faillite lie l'office des faillites, à moins qu'il ne soit impossible de l'exécuter. Il en est ainsi si l'incompétence *ratione loci* du juge de la faillite est

évidente, si le poursuivi n'est pas inscrit au registre du commerce en l'une des qualités énumérées à l'art. 39 LP - sous réserve du cas de la déclaration de faillite sans poursuite préalable dirigée contre un poursuivi non sujet en principe à la poursuite par voie de faillite -, si la clôture d'une précédente procédure de faillite déclarée contre le poursuivi n'a pas encore été prononcée, s'il est patent que la partie poursuivie n'existe pas ou plus (Flavio Cometta, CR-LP, ad art. 176 n° 2 et les réf. citées).

Le choix erroné du mode de continuation de la poursuite ordinaire par l'office des poursuites peut faire l'objet d'une plainte mais il doit aussi être relevé d'office en tout temps (art. 22 LP). Il entraîne la nullité des actes fondés sur ce choix. Les actes antérieurs de poursuite, en particulier ceux de la procédure préalable, restent toutefois valables (ATF 120 III 105 consid. 1, JdT 1997 II 60 ; ATF 101 III 20, JdT 1976 II 106-107 et les références citées).

4. Des considérants qui précèdent il découle que le poursuivi était soumis à la procédure par voie de saisie dès la clôture de sa faillite prononcée par jugement du 24 juin 2008. La commination de faillite qui lui a été notifiée le 15 septembre 2008 est donc entachée de nullité et le jugement de faillite est un "Nichturteil" dont l'Office n'avait pas à tenir compte (JdT 1994 II 63). Sa décision de ne pas donner suite au jugement de faillite est donc fondée, même si les motifs invoqués, comme cela a été relevé ci-dessus, sont inexacts.
5. La plainte sera en conséquence rejetée dans la mesure de sa recevabilité.

Il appartiendra à la plaignante de s'adresser à l'Office des poursuites, auquel la présente décision sera communiquée, pour procéder à la saisie (art. 89 ss LP).

* * * * *

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

1. Rejette, dans la mesure de sa recevabilité, la plainte formée le 16 mars 2009 par G_____ SA contre le refus de l'Office des faillites d'exécuter le jugement de faillite prononcé à l'encontre de M. P_____ le 3 mars 2009.
2. Déboute la plaignante de toutes autres conclusions.

Siégeant : Mme Ariane WEYENETH, présidente ; MM. Didier BROSSET et Denis MATHEY, juges assesseurs.

Au nom de la Commission de surveillance :

Véronique PISCETTA
Greffière :

Ariane WEYENETH
Présidente :

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