

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2006/2012-CS

DCSO/353/12

DECISION

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre de surveillance
des Offices des poursuites et faillites

DU JEUDI 13 SEPTEMBRE 2012

Plainte 17 LP (A/2006/2012-CS) formée en date du 2 juillet 2012 par **Mme L_____**,
élisant domicile en l'étude de Me Guillaume FATIO, avocat.

* * * * *

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

- **Mme L_____**
c/o Me Guillaume FATIO, avocat
Avenue de Champel 8C
Case postale 385
1211 Genève 12
 - **Office des faillites**

(faillite n° 2011 xxxx92 G/OFA3).
-

EN FAIT

A. a. M. L_____, époux de Mme L_____, est décédé le xx 2010. Il était le seul associé gérant de la société L_____ Sàrl.

b. Le 4 novembre 2010, en sa qualité d'héritière légale, Mme L_____ a requis le bénéfice d'inventaire de la succession de son époux et la nomination de Me Costin VAN BERCHEM, notaire, à ces fins.

c. Le 19 novembre 2010, Mme L_____ a déposé une requête urgente en nomination de gérants de la société L_____ Sàrl fondée sur l'art. 731b al. 1 CO applicable par renvoi de l'art. 819 CO.

Par jugement rendu le 16 décembre 2010 dans la cause C/27413/2010, le Tribunal de première instance a donné suite à sa requête et a nommé M. A_____ et M. H_____ aux fonctions de co-gérants, avec signature collective à deux, de L_____ Sàrl, précisant que leur mandat durerait jusqu'à leur remplacement par le ou les héritier(s) de feu M. L_____, voire jusqu'à la mise en liquidation de la société, mais qu'il prendrait fin au plus tard un an après la date du prononcé du jugement.

d. Par courrier du 6 avril 2011 adressé au Tribunal de première instance, M. H_____ a indiqué que la société L_____ Sàrl connaissait des difficultés et devait être liquidée dès que possible. Il demandait en outre à être libéré de sa responsabilité de co-gérant de la société, ne voyant aucun avenir pour celle-ci et n'ayant pas été rémunéré.

Le Tribunal de première instance a alors convoqué une audience pour le 19 mai 2011, dans la même cause que celle en nomination de gérants (cause C/27413/2010). La convocation mentionne Mme L_____ en qualité de partie requérante et L_____ Sàrl en qualité de partie citée.

Au cours de cette audience, M. H_____ a indiqué que son courrier du 6 avril 2011 devait être considéré comme un avis de surendettement de la société L_____ Sàrl. M. A_____ a confirmé que ladite société était surendettée et que le dépôt de bilan se justifiait. Mme L_____ n'a pas contesté le surendettement de la société.

Par jugement du 16 juin 2011, toujours rendu dans la cause C/27413/2010, le Tribunal de première instance a, en application de l'art. 192 LP, déclaré L_____ Sàrl en état de faillite et a condamné ladite société à payer les frais judiciaires arrêtés à 180 fr.

Le Tribunal a considéré qu'il y avait lieu de donner suite à l'avis de surendettement formé le 6 avril 2011 par M. H_____ en sa qualité de co-gérant de la société, relevant que M. A_____ et Mme L_____ ne s'étaient pas opposés au prononcé de la faillite lors de l'audience du 19 mai 2011.

Sur la première page du jugement, Mme L_____ est mentionnée comme partie requérante et L_____ Sàrl comme partie citée.

e. La procédure de faillite de L_____ Sàrl a été suspendue pour défaut d'actifs le 19 avril 2012, puis clôturée le 14 juin 2012 par jugement du Tribunal de première instance.

f. Par déclaration du 31 mai 2012, Mme L_____ a répudié la succession de son époux, dont l'inventaire dressé par la Justice de paix laissait apparaître un déficit de 30'805 fr. 15.

g. Par courrier du 19 juin 2012, l'Office des faillites (ci-après: l'Office), a impartit un délai au 10 juillet 2012 à Mme L_____ pour s'acquitter des frais de la faillite de la société L_____ Sàrl en 1'595 fr. 80, conformément à l'art. 169 LP.

B. a. Par acte expédié le 2 juillet 2012 au greffe de la Chambre de céans, Mme L_____ a formé plainte, avec demande d'effet suspensif, contre la décision précitée, dont elle demande l'annulation avec suite de frais.

Elle reproche en substance à l'Office d'avoir mis à sa charge les frais de la faillite, alors qu'elle ne l'avait pas requise. Elle invoque en cela une violation de l'art. 169 al. 1 LP. Cela étant, la faillite ayant été prononcée sur la base de l'art. 192 LP, tant le co-gérant de la société qui avait émis l'avis de surendettement qu'elle-même ne devaient pas répondre des frais de la faillite, dès lors que l'art. 194 LP excluait l'application de l'art. 169 LP à ce cas de faillite.

b. Par ordonnance du 3 juillet 2012, la Chambre de céans a accordé l'effet suspensif à la plainte.

c. Dans son rapport du 20 juillet 2012, l'Office a conclu au rejet de la plainte.

L'Office relève notamment que suite à l'avis de surendettement du 6 avril 2011, Mme L_____ avait été convoquée par le Tribunal de première instance en qualité de partie requérante à l'audience du 19 mai 2011. La convocation portait en outre le même numéro de cause que celui attribué à la procédure en nomination de gérants de la société L_____ Sàrl. Il y avait donc lieu de conclure que le Tribunal de première instance avait considéré que le jugement de faillite du 16 juin 2011 s'inscrivait dans la continuité de la requête en nomination de gérants déposée par la plaignante. Mme L_____ ayant, à la teneur même du jugement du 16 juin 2011, requis la faillite, c'était à bon droit que lui avait été réclamé le paiement des frais de faillite jusqu'à et y compris la suspension des opérations faute d'actifs.

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).

En l'espèce, il est constant que la décision de l'Office de mettre les frais de la faillite à la charge de la plaignante est une mesure sujette à plainte, que cette dernière, condamnée au paiement de ces frais, a qualité pour contester par cette voie.

- 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, la décision litigieuse a été reçue par le conseil de la plaignante le 21 juin 2012. Formée le 2 juillet 2012, la plainte l'a été en temps utile. Respectant pour le surplus les exigences de forme prescrites par la loi (art. 9 al. 1 LaLP), la plainte est recevable.

2. Contrairement à l'Office, la Chambre de céans considère que le prononcé de la faillite de la société L_____ Sàrl ne s'inscrit pas dans le cadre de la procédure initiée le 19 novembre 2010 par Mme L_____ sur la base de l'art. 731b CO.

Cette procédure, de type sommaire (ATF 138 III 166), s'est en effet terminée par le prononcé du jugement du Tribunal de première instance du 6 avril 2011, aux termes duquel ce dernier a choisi, entre autres mesures possibles, de nommer deux gérants en remplacement de feu M. L_____.

Quand bien même elle a été inscrite au rôle du Tribunal sous le même numéro de cause, il y a ainsi lieu de considérer la procédure ayant conduit à la faillite comme une procédure nouvelle et, partant, indépendante de la précédente. Le Tribunal a du reste prononcé la faillite en application de l'art. 192 LP et non sur la base de l'art. 731b al. 1 ch. 3 CO.

3. Selon l'art. 725 al. 2 CO, applicable par analogie à la société à responsabilité limitée (art. 820 CO), le conseil d'administration d'une société doit aviser le juge s'il résulte d'un bilan intermédiaire dressé aux valeurs d'exploitation et de liquidation et soumis à la vérification de l'organe de révision que les dettes sociales ne sont plus couvertes par les actifs, à moins que les créanciers de la société n'acceptent que leur créance soit placée à un rang inférieur à celui de toutes les autres créances de la société, dans la mesure de cette insuffisance de l'actif.

Au vu de l'avis de surendettement, le juge déclare la faillite sans poursuite préalable (art. 725a al. 1 CO et 192 LP; Henry PETER, Commentaire romand, CO-II, n. 5 ss

ad art. 725a CO), comme cela a été le cas en l'espèce au vu du jugement du Tribunal de première instance du 16 juin 2011.

4. Selon l'art. 169 al. 1 LP, celui qui requiert la faillite répond des frais jusqu'à et y compris la suspension des opérations faute d'actif (art. 230 LP) ou jusqu'à l'appel aux créanciers (art. 232 LP). Le juge peut exiger qu'il en fasse l'avance (al. 2). Une telle avance n'est ainsi pas obligatoire mais seulement facultative (ATF 134 III 136 consid. 2.3).

A teneur de l'art. 194 al. 1 2^{ème} phr. LP, l'art. 169 LP ne s'applique pas à la faillite prévue à l'art. 192 LP.

Selon le Message du Conseil fédéral concernant la révision de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 8 mai 1991, cette deuxième phrase souligne expressément que la société de capitaux ou la coopérative contrainte de déposer son bilan n'est pas tenue de faire une avance de frais (FF 1991 III p. 138 ch. 205.34; cf. ég. p. 137 ch. 205.32: "aucune avance de frais ne peut être exigée des personnes morales que la loi oblige à aviser le juge de leur surendettement."; Alexander BRUNNER/Felix H. BOLLER, in Basler Kommentar, SchKG-I, 2^{ème} éd., 2010, n. 19 ad art. 194 LP et n. 25 ad art. 192 LP; PETER, op. cit., n. 8 ad art. 725a CO; Florian CHAUDET, Ajournement de la faillite de la société anonyme, 2001, p. 140).

La non-application de l'art. 169 LP à la faillite sans poursuite préalable de l'art. 192 LP prévue à l'art. 194 LP ne doit dès lors s'entendre que comme excluant la possibilité d'exiger une avance de frais au sens de l'art. 169 al. 2 LP (cf. BRUNNER/BOLLER, op. cit., n. 19 in fine ad art. 194 LP).

Le grief soulevé à cet égard par la plaignante s'avère ainsi infondé.

Il y a donc lieu de déterminer si cette dernière doit être considérée comme étant celle qui a requis la faillite au sens de l'art. 169 al. 1 LP.

5. **5.1** Selon le droit de la société à responsabilité limitée, c'est aux gérants que revient l'obligation de saisir le juge en cas de surendettement, les dispositions du droit de la SA (art. 725 et 725a CO) étant applicables par analogie conformément à l'art. 820 CO (Christophe BUCHWALDER, Commentaire romand, CO-II, n. 1 s. ad art. 820 CO).

5.2 En l'espèce, c'est l'un des deux gérants de la société qui a avisé le juge de la faillite du surendettement de la société, conformément à l'art. 725 al. 2 CO, sa décision ayant été ultérieurement avalisée en audience par l'autre gérant.

L'on ne saurait dès lors considérer la plaignante comme ayant requis la faillite au sens de l'art. 169 al. 1 LP, quand bien même elle ne s'y est pas opposée et que le

Tribunal de première instance l'a, à tort, qualifiée de partie requérante sur la page de garde de son jugement.

Le grief apparaît ainsi bien fondé.

6. Vu ce qui précède, la plainte doit être admise et la décision entreprise annulée.
7. 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 aucun dépens dans cette procédure (62 al. 2 OELP). Conformément à ces dispositions, la présente décision est rendue sans frais ni dépens.

* * * * *

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

A la forme :

Déclare recevable la plainte formée le 2 juillet par Mme L_____ contre la décision rendue le 19 juin 2012 par l'Office des faillites dans le cadre de la faillite de la société L_____ Sàrl (faillite n° 2011 xxxx92 G/OFA3).

Au fond :

L'admet.

Annule en conséquence la décision entreprise.

Siégeant :

Monsieur Grégory BOVEY, président; Monsieur Philipp GANZONI et Monsieur Mathieu HOWALD, 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.