



POUVOIR JUDICIAIRE

A/2507/2018-CS

DCSO/19/19

**DECISION**

**DE LA COUR DE JUSTICE**

**Chambre de surveillance**  
des Offices des poursuites et faillites

**DU JEUDI 17 JANVIER 2019**

Plainte 17 LP (A/2507/2018-CS) formée en date du 19 juillet 2018 par **A\_\_\_\_\_ SARL**,  
élisant domicile en l'étude de Me Vincent MAITRE, avocat.

\* \* \* \* \*

Décision communiquée par courrier A à l'Office concerné  
et par pli recommandés du greffier du **17 janvier 2019**  
à :

- **A\_\_\_\_\_ SARL**  
c/o Me MAITRE Vincent  
JANIN WAEBER MAITRE  
Quai Gustave-Ador 2  
Case postale 6414  
1211 Genève 6.
  - **B\_\_\_\_\_**  
\_\_\_\_\_  
FRANCE.
  - **Office des poursuites.**
-

### **EN FAIT**

- A. a.** Le 27 mai 2015, A\_\_\_\_\_ SARL (ci-après : A\_\_\_\_\_ ) a engagé à l'encontre de B\_\_\_\_\_ une poursuite ordinaire en recouvrement d'un montant de 50'039 fr. 95 avec intérêts au taux de 5% l'an à compter du 19 mars 2015, allégué être dû au titre d'honoraires.

Le commandement de payer, poursuite n° 1\_\_\_\_\_, établi le 9 juillet 2015 par l'Office des poursuites (ci-après : l'Office), a été notifié le 11 août 2015 au débiteur, qui a formé opposition.

Le 9 octobre 2015, A\_\_\_\_\_ a déposé en conciliation une demande en paiement dirigée à l'encontre de B\_\_\_\_\_, concluant à ce que ce dernier soit condamné à lui payer un montant de 50'039 fr. 95 plus intérêts au taux de 5% l'an à compter du 19 mars 2015 et à ce que l'opposition formée au commandement de payer soit écartée. Après délivrance d'une autorisation de procéder datée du 23 novembre 2015, A\_\_\_\_\_ a pris les mêmes conclusions dans la demande en paiement qu'elle a introduite le 11 mars 2016. Par jugement JTPI/1583/2017 rendu sous forme non motivée le 3 février 2017, le Tribunal de première instance a fait droit à ces conclusions, condamnant B\_\_\_\_\_ à verser à A\_\_\_\_\_ le montant de 55'039 fr. 95 (sic) plus intérêts au taux de 5% l'an à compter du 19 mars 2015 et écartant l'opposition formée au commandement de payer, poursuite n° 1\_\_\_\_\_. Cette décision n'a fait l'objet ni d'une demande de motivation ni d'un appel.

Le 23 mars 2017, A\_\_\_\_\_ a requis la continuation de la poursuite. Le 24 avril 2017, l'Office a établi une commination de faillite, poursuite n° 1\_\_\_\_\_, qu'il n'est toutefois pas parvenu à notifier au débiteur malgré plusieurs tentatives en ce sens.

- b.** Par jugement rendu le 3 août 2017, le Tribunal a déclaré, sur requête d'un créancier tiers, la faillite de D\_\_\_\_\_, dont la liquidation a toutefois été suspendue, faute d'actifs, par jugement du 9 avril 2018.

Par avis publié dans la Feuille d'avis officielle du 17 avril 2018, l'Office des faillites a fixé à 1'500 fr. l'avance des frais de liquidation et indiqué que, si ce montant ne lui parvenait pas d'ici au 27 avril 2018, la faillite serait clôturée.

Aucun créancier n'ayant procédé à l'avance requise dans le délai fixé, le Tribunal a constaté la clôture de la procédure de faillite par jugement JTPI/9246/2018 rendu le 14 juin 2018. La radiation de l'inscription du débiteur au Registre du commerce est intervenue le 19 juillet 2018 en application de l'art. 159 al. 5 ORC et a fait l'objet d'une publication dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) du 24 juillet 2018.

- c.** A la suite d'un échange de vues intervenu à une date indéterminée entre l'Office et le conseil du créancier quant au mode de continuation de la poursuite, ce dernier, par courriel daté du 25 juin 2018, a informé l'Office que A\_\_\_\_\_ souhaitait que la poursuite n° 1\_\_\_\_\_ se continue par voie de saisie.

---

**d.** Par décision datée du 6 juillet 2018, adressée le même jour au conseil de la poursuivante et reçu le 9 juillet 2018 par ce dernier, l'Office a refusé de continuer par voie de saisie la poursuite n° 1\_\_\_\_\_ (chiffre 1 du dispositif), constaté la péremption du commandement de payer (chiffre 2) et refusé d'établir et de notifier par voie de publication une nouvelle commination de faillite (chiffre 3).

**B. a.** Par acte adressé le 19 juillet 2018 à la Chambre de surveillance, A\_\_\_\_\_ a formé une plainte au sens de l'art. 17 LP contre la décision de l'Office du 6 juillet 2016, concluant à la constatation de sa nullité, subsidiairement à son annulation, et à ce qu'il soit ordonné à l'Office de poursuivre la poursuite n° 1\_\_\_\_\_ par voie de saisie, subsidiairement par voie de faillite, ce en notifiant la commination de faillite par voie de publication.

A l'appui de sa plainte, A\_\_\_\_\_ s'est notamment référée à un passage du considérant 2.3 de la décision DCSO/353/2018 rendue le 14 juin 2018 par la Chambre de céans dans le cadre de la même poursuite, dont la teneur est la suivante :

*"La clôture pour défaut d'actifs de la faillite, intervenue le 27 avril 2018 à l'expiration du délai de dix jours imparti aux créanciers – dont la plaignante – pour procéder à l'avance de frais fixée par l'Office, aura toutefois pour conséquence, au moment de la publication du jugement clôturant formellement la faillite (ATF 130 III 481 consid. 2.1), la renaissance de cette poursuite, dans son état au jour de l'ouverture de la faillite : il incombera alors à l'Office de donner suite à la réquisition de poursuite formée le 23 mars 2017 par la plaignante, en tenant compte en particulier de l'art. 230 al. 3 LP".*

Selon la plaignante en effet, ce considérant imposait à l'Office de lui permettre d'opter, conformément à l'art. 230 al. 3 LP, entre la continuation de la poursuite par voie de faillite ou de poursuite.

Pour le surplus, la plaignante a soutenu que, contrairement à ce qu'avait admis l'Office, le commandement de payer, poursuite n° 1\_\_\_\_\_, n'était pas périmé.

**b.** Dans ses observations datées du 17 août 2018, l'Office a conclu au rejet des conclusions principales et subsidiaires de la plaignante, en tant qu'elles visaient à ce que la poursuite soit continuée par voie de saisie, et à l'admission de sa conclusion subsidiaire tendant à ce qu'elle soit continuée par voie de faillite, s'en remettant à justice sur l'opportunité d'une notification par voie de publication.

Selon l'Office, le mode de continuation de la poursuite avait été définitivement fixé lors du dépôt de la requête de continuer la poursuite, le 23 mars 2017, de telle sorte que la poursuivante ne pouvait se prévaloir du choix prévu par l'art. 230 al. 3 LP.

**c.** La cause a été gardée à juger le 20 août 2018, ce dont les parties ont été informées par avis du même jour.

---

## EN DROIT

1. La plainte est recevable pour avoir été déposée auprès de l'autorité compétente (art. 6 al.1 et 3 LaLP, art. 17 al. 1 LP), par une partie lésée dans ses intérêts (ATF 138 III 219 consid. 2.3; 129 III 595 consid. 3; 120 III 42 consid. 3), dans le délai utile de dix jours (art. 17 al. 2 LP) et selon la forme prescrite par la loi (art. 9 al. 1 et 2 LaLP, art. 65 al. 1 et 2 LPA, applicables par renvoi de l'art. 9 al. 4 LaLP), à l'encontre d'une mesure de l'Office sujette à plainte.
2. **2.1** L'art. 206 al. 1 LP prévoit que les poursuites dirigées contre le failli s'éteignent avec l'ouverture de la faillite, sous réserve de celles tendant à la réalisation de gages appartenant à un tiers. L'art. 230 al. 4 LP institue une exception à ce principe lorsque la faillite est suspendue pour défaut d'actifs : les poursuites éteintes au moment de la déclaration de faillite renaissent alors sous réserve de celles qui, ayant conduit au jugement de faillite, ne peuvent plus être continuées (ATF 124 III 123 consid. 2).

L'art. 230 al. 3 LP prévoit par ailleurs que, dans les deux ans après la suspension de la liquidation, le débiteur peut aussi être poursuivi par voie de saisie. Cette disposition permet ainsi au créancier poursuivant un ex-failli toujours sujet à la poursuite par voie de faillite d'opter, en lieu et place de ce mode de poursuite, pour la poursuite par voie de saisie. A défaut d'une telle déclaration de la part du créancier, laquelle interviendra en principe au moment du dépôt de la réquisition de continuer la poursuite (LUSTENBERGER, in BAK, 2<sup>ème</sup> édition, 2010, N 18a ad art. 230 LP), la continuation de celle-ci se fera par voie de faillite conformément aux règles ordinaires (SCHÖBER/AVDYLI-LUGINBÜHL, in Kommentar zum SchKG, 4<sup>ème</sup> édition, 2017, KREN-KOSTKIEWICZ/VOCK [éd.], N 15 ad art. 230 LP).

L'art. 230 al. 3 LP s'applique également aux poursuites éteintes lors de l'ouverture de la faillite mais dont la suspension pour défaut d'actifs a entraîné la renaissance (LUSTENBERGER, op. cit., N 18 ad art. 230 LP). Le créancier poursuivant ne continue toutefois à bénéficier du droit d'option en faveur de la poursuite par voie de saisie que lui confère cette disposition que pour autant que, au moment de l'ouverture de la faillite, le mode de continuation de la poursuite n'ait pas été définitivement fixé, par exemple par la notification d'une commination de faillite (arrêt du Tribunal fédéral 5A\_784/2015 du 15 janvier 2016 consid. 3.3.2 et 3.3.3; SCHÖBER/AVDYLI-LUGINBÜHL, op. cit., N 17 ad art. 230 LP; GILLIÉRON, Commentaire, N 58 ad art. 230 LP). Dans le cas contraire, il ne pourra se prévaloir de l'art. 230 al. 3 LP qu'en introduisant une nouvelle poursuite (arrêt du Tribunal fédéral 5A\_784/2015 précité consid. 3.3.2).

**2.2.1** Dans le cas d'espèce, l'ouverture de la faillite est intervenue après que la plaignante eut requis la continuation de la poursuite, après également que l'Office eut établi une commination de faillite mais avant qu'il ne soit parvenu à notifier celle-ci. Se fondant sur le principe selon lequel le mode de continuation de la poursuite est déterminé au regard de la situation existant au moment du dépôt de

---

la réquisition de continuer la poursuite, soit en l'espèce le 23 mars 2017, l'Office en déduit que le mode de continuation de la poursuite litigieuse a été définitivement – et correctement – fixé à cette date, avec pour conséquence que le plaignant ne peut plus aujourd'hui invoquer l'art. 230 al. 3 LP pour opter en faveur d'une continuation par voie de saisie.

Ce raisonnement ne tient toutefois pas compte de la possibilité ouverte à tout créancier de retirer sa réquisition de continuer la poursuite puis, si le délai de péremption d'une année prévu par l'art. 88 al. 2 LP n'est pas expiré, d'en déposer une nouvelle. Dans la poursuite par voie de saisie, il a été jugé qu'un tel retrait ne touchait en principe que la réquisition de continuer la poursuite elle-même et restait donc sans effet sur la validité de la poursuite, sauf s'il intervenait après l'exécution des opérations de saisie, auquel cas il entraînait la caducité de la poursuite (ATF 101 III 18 consid. 1b). Il faut de la même manière admettre, dans la poursuite par voie de faillite, qu'un retrait de la réquisition de continuer la poursuite intervenant avant la notification de la commination de faillite n'a pas pour effet la caducité de la poursuite et ne fait donc pas obstacle au dépôt d'une nouvelle réquisition de continuer la poursuite, pour autant qu'il intervienne en temps utile au sens de l'art. 88 al. 2 LP (WINKLER, in KUKO SchKG, 2<sup>ème</sup> édition, 2014, Hunkeler [éd.], N 13 ad art. 88 LP). Or une modification de circonstances intervenant entre le dépôt d'une première réquisition de continuer la poursuite puis, après retrait de celle-ci, celui d'une seconde, par exemple l'expiration du délai de six mois prévu par l'art. 40 al. 1 LP, pourra avoir pour effet que la poursuite sera continuée par voie de saisie alors qu'elle aurait dû l'être par voie de faillite si la première réquisition n'avait pas été retirée, ou inversement.

Il faut ainsi retenir, sous l'angle de l'art. 230 al. 3 LP, que le mode de continuation de la poursuite n'est pas définitivement fixé par le dépôt de la réquisition de continuer la poursuite, en tout cas aussi longtemps que le créancier a encore la possibilité de la retirer puis d'en déposer une nouvelle. Il ne l'est pas davantage par le simple établissement par l'Office d'une commination de faillite, cette action étant dépourvue d'effet externe. Seule la notification de la commination de faillite rend impossible un retrait de la réquisition de continuer la poursuite sans caducité de la poursuite et a donc pour effet de fixer définitivement le mode de continuation de la poursuite.

**2.2.2** En l'occurrence, la plaignante a requis le 25 juin 2018 que la poursuite litigieuse se continue par voie de saisie et non de faillite. Intervenue après le prononcé, le 14 juin 2018, du jugement constatant la clôture de la procédure de faillite, mais avant sa publication dans la FOSC, cette requête était certes formellement prématurée dès lors que, selon la jurisprudence (ATF 130 III 481 consid. 2.1), la poursuite visée n'avait pas encore recommencé à exister. Cette informalité est toutefois sans conséquence dès lors que cette reviviscence était d'ores et déjà certaine au moment du dépôt de la requête fondée sur l'art. 230 al. 3 LP. L'Office est du reste parti du même constat, et s'est lui-même prononcé sur

cette requête avant la publication dans la FOOSC. La loi ne soumet par ailleurs à aucune exigence de forme l'exercice par un poursuivant du choix que lui réserve l'art. 230 al. 3 LP, de telle sorte que la requête du 25 juin 2018 doit être considérée comme formellement recevable.

A cette date, aucune commination de faillite n'avait encore été notifiée au débiteur, avec pour conséquence que le mode de continuation de la poursuite n'avait pas encore été définitivement fixé. Compte tenu des suspensions prévues par les art. 88 al. 2 et 230 al. 4 LP, le délai d'une année pour requérir la continuation de la poursuite n'avait au demeurant pas encore expiré, de telle sorte que la plaignante conservait la possibilité de retirer la réquisition de continuer la poursuite puis d'en déposer une nouvelle. Or l'on ne voit pas, dans une telle situation, quel motif justifierait de dénier au créancier poursuivant le choix prévu par l'art. 230 al. 3 LP, alors qu'il en aurait disposé s'il n'avait pas encore requis la continuation de la poursuite.

C'est ainsi à tort que l'Office a rejeté la requête de continuation de la poursuite par voie de saisie formée le 25 juin 2018. Le chiffre 1 du dispositif de la décision attaquée doit ainsi être annulé et l'Office invité à continuer la poursuite par voie de saisie. Le chiffre 2 de la décision, dont l'Office admet le caractère erroné, sera lui aussi annulé alors que le chiffre 3 devient sans objet.

3. 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 19 juillet 2018 par A\_\_\_\_\_ SARL contre la décision rendue le 6 juillet 2018 par l'Office des poursuites dans la poursuite n° 1\_\_\_\_\_.

**Au fond :**

L'admet.

Annule les chiffres 1 et 2 du dispositif de la décision attaquée et invite l'Office des poursuites à continuer la poursuite n° 1\_\_\_\_\_ par voie de saisie.

Constata que le chiffre 3 du dispositif de la décision attaquée est devenu sans objet.

**Siégeant :**

Monsieur Patrick CHENAUX, président; Messieurs Georges ZUFFEREY et Claude MARCET, juges assesseurs ; Madame Sylvie SCHNEWLIN, greffière.

Le président :

Patrick CHENAUX

La greffière :

Sylvie SCHNEWLIN

**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.*