REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3160/2022-CS **DCSO/64/23**

DECISION

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre de surveillance
des Offices des poursuites et faillites

DU JEUDI 16 FEVRIER 2023

Plainte 17 LP (A/3160/2022-CS) formée en date du 28 septembre 2022 par **A_____**, élisant domicile en l'étude de Me Julien PACOT, avocat.

* * * * *

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

- **A_____**
  c/o Me PACOT Julien
  Banna & Quinodoz
  Rue Verdaine 15
  Case postale 3015
  1211 Genève 3.

- **B_____**
  c/o Me MEIER Nicola
  Hayat & Meier
  Place du Bourg-de-Four 24
  Case postale 3504
  1211 Genève 3.

- **Office cantonal des poursuites**.

EN FAIT

A. **a.** Le 23 novembre 2021, A_____ a requis la poursuite de B_____ à hauteur de 50'000 fr., plus intérêts à 5% dès le 15 mars 2015, au titre de créance en réparation du dommage matériel selon jugement du Tribunal correctionnel du 25 octobre 2021, et de 10'057 fr. 90, au titre d'indemnité de dépens selon le même jugement.

b. Le commandement de payer, poursuite n° 1_____, a été notifié le 8 décembre 2021 à B_____, qui a formé opposition totale à la poursuite.

c. Le _____ 2022, le Registre du commerce de Genève a enregistré une entreprise individuelle au nom de B_____, qui en avait fait la demande dans le but déclaré d'exercer en tant que consultant en travaux immobiliers.

d. Le _____ 2022, B_____ a retiré l'opposition formée au commandement de payer précité poursuite n° 1_____, ce dont A_____ a été informée par l'Office cantonal des poursuites (ci-après: l'Office), par courrier du 26 août 2022.

e. Le 31 août 2022, A_____ a requis la continuation de la poursuite précitée.

f. Le 13 septembre 2022, l'Office a notifié à B_____ une commination de faillite dans la poursuite n° 1_____.

g. Par courrier du 19 septembre 2022, A_____ a reproché à l'Office d'avoir continué la poursuite par voie de faillite et non par voie de saisie. L'inscription au registre du commerce de l'entreprise individuelle de B_____ était temporellement proche du retrait de l'opposition au commandement de payer. De plus, les créances de A_____ étaient antérieures à l'inscription au registre du commerce et ne concernaient en rien l'activité de l'entreprise individuelle. Ces circonstances justifiaient qu'il soit procédé par voie de saisie.

B. **a** Par acte déposé le 28 septembre 2022, A_____ a formé plainte auprès de la Chambre de surveillance contre la commination de faillite datée du 2 septembre 2022, qu'elle a reçue le 19 septembre 2022.

Il fait en substance valoir que le comportement de B_____ serait constitutif d'un abus de droit, à l'instar de celui du débiteur qui se déclare insolvable au sens de l'art. 191 LP afin uniquement d'échapper à la saisie de son salaire. L'Office ne pouvait se contenter de constater l'existence d'une nouvelle raison individuelle, sans se saisir d'office de la question de l'abus de droit. La commination de faillite devait être annulée et la poursuite continuée par voie de saisie.

b. Aux termes de son rapport, l'Office s'en est rapporté à justice.

c. B_____ a exposé qu'il s'était inscrit au registre du commerce pour pouvoir disposer d'un compte commercial auprès de [la banque] C_____. Il s'en rapportait à justice pour le surplus.

d. Sur ce, l'instruction de la cause a été close.

EN DROIT

1. Déposée en temps utile (art. 17 al. 2 LP) et dans les formes prévues 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), auprès de l'autorité compétente pour en connaître (art. 6 al. 1 et 3 LALP; art. 17 al. 1 LP), à l'encontre d'une mesure de l'Office pouvant être attaquée par cette voie (art. 17 al. 1 LP) et par une partie lésée dans ses intérêts (ATF 138 III 219 consid. 2.3; 129 III 595 consid. 3; 120 III 42 consid. 3), la plainte est recevable.

2. **2.1.1** Aux termes de l'art. 39 al. 1 ch. 1 LP, la poursuite se continue par voie de faillite, lorsque le débiteur est inscrit au registre du commerce en tant que chef d'une raison individuelle.

Selon la jurisprudence, les autorités de poursuite n'ont pas à examiner si les inscriptions ou radiations opérées au registre du commerce sont justifiées ou non. La poursuite dirigée contre un débiteur, qui lors de la continuation de la poursuite est inscrit au registre du commerce en l'une des qualités indiquées à l'art. 39 LP, doit être continuée par voie de faillite (ATF 120 III 4 consid. 4).

Les personnes physiques énumérées à l'art. 39 LP sont soumises à la poursuite par voie de faillite pour toutes leurs dettes, même pour celles qui ne découlent pas de leurs relations d'affaires (ATF 120 III 4 consid. 5).

2.1.2 Selon l'art. 42 al. 2 LP, lorsqu'un débiteur vient à être inscrit au registre du commerce, les réquisitions de continuer la poursuite présentées antérieurement contre lui n'en sont pas moins exécutées par voie de saisie, tant qu'il n'a pas été déclaré en faillite.

2.2 En l'espèce, le débiteur a été enregistré par le Registre du commerce de Genève en tant que chef d'une entreprise individuelle le 23 août 2022, alors que la continuation de la poursuite considérée a été requise par la créancière le 31 août 2022. Il en résulte que la réquisition de continuer la poursuite est postérieure à l'inscription au registre du commerce, de sorte que c'est à raison que l'Office a continué la poursuite par voie de faillite. Certes, la continuation de la poursuite ne pouvait pas être requise avant le retrait par le débiteur de son opposition au commandement de payer, qui est intervenu après l'inscription au registre du commerce de l'entreprise individuelle. Cela étant, il n'appartenait pas à l'Office de décider si l'inscription au registre du commerce était justifiée ou pas (cf. *supra* ATF 120 III 4 précité). La décision de l'Office de poursuivre l'exécution par voie de faillite est ainsi conforme à la LP, étant observé que la démarche qui serait pour la plaignante constitutive d'un abus de droit est celle de l'inscription du débiteur au registre du commerce, laquelle ne relève en tant que telle pas de l'exécution forcée, mais constitue un préalable à la poursuite par voie de faillite.

La jurisprudence rendue en application de l'art. 191 LP, qui permet au juge de refuser de déclarer la faillite d'un débiteur qui se déclare insolvable uniquement dans le but d'échapper à la saisie de son salaire (ATF 145 III 26 consid. 2), n'est ainsi pas transposable au cas d'espèce. En effet, le grief tiré de l'interdiction de l'abus de droit est dans ce cas dirigé contre la déclaration d'insolvabilité formée par le débiteur qui requiert sa faillite volontaire, soit contre un moyen relevant de l'exécution forcée.

Mal fondée, la plainte sera ainsi rejetée.

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 aucun 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 28 septembre 2022 par A_____ contre la commination de faillite du 2 septembre 2022 dans la poursuite n° 1_____ dirigée contre B_____.

Au fond :

La rejette.

Siégeant :

Madame Verena PEDRAZZINI RIZZI, présidente; Monsieur Luca MINOTTI et Monsieur Denis KELLER, juges assesseurs; Madame Véronique AMAUDRY-PISCETTA, greffière.

La présidente :	La greffière :
Verena PEDRAZZINI RIZZI	Véronique AMAUDRY-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.