REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3183/2022-CS **DCSO/57/23**

DECISION

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre de surveillance
des Offices des poursuites et faillites

DU JEUDI 16 FEVRIER 2023

Plainte 17 LP (A/3183/2022-CS) formée en date du 29 septembre 2022 par **A_____ SA**, élisant domicile en l'étude de Me Timo Sulc, avocat.

* * * * *

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

- **A_____ SA**
  c/o Me SULC Timo
  Dupraz Sulc
  Rue de la Navigation 21bis
  1201 Genève.

- **B_____ SA, EN LIQUIDATION**
  p.a. Office cantonal des faillites
  Route de Chêne 54
  Case postale
  1211 Genève 6.

- **Me SEKKIOU Mourad**
  Rue Rodolphe-Toepffer 8
  1206 Genève.

- **Office cantonal des poursuites**.

EN FAIT

A. **a.** La société de droit suisse B_____ SA a été constituée le 19 janvier 2011 et inscrite le _____ janvier 2011 au Registre du commerce du canton de Genève.

Le 7 janvier 2014, elle a transféré son siège social à C_____ [Jura]. A compter de cette même date et jusqu'au _____ 2017, elle a été inscrite au Registre du commerce du canton du Jura.

b.a Lors d'une assemblée générale extraordinaire tenue le 1er juillet 2015 devant un notaire luxembourgeois, les actionnaires de B_____ SA ont décidé de transférer le siège de celle-ci au Luxembourg. Ils ont par ailleurs adopté de nouveaux statuts.

b.b Le _____ 2015, B_____ SA a été inscrite au Registre du commerce du Luxembourg.

b.c Par requête du 8 octobre 2015, B_____ SA a demandé sa radiation du Registre du commerce du Jura au vu du transfert de son siège au Luxembourg.

b.d. Par courrier adressé le 22 février 2016 au Registre du commerce du Jura, le conseil de l'époque de B_____ SA l'a informé que *"le projet de transférer la société à l'étranger est [...] annulé"* et a retiré la réquisition du 8 octobre 2015.

c. Le _____ août 2017, B_____ SA a transféré son siège de C_____ [Jura] à Genève et est donc, à compter de cette date, à nouveau inscrite au Registre du commerce de ce canton. Le même jour, elle a adopté de nouveaux statuts.

d. Par jugement JTPI/580/2022 rendu le 12 mai 2022 et aujourd'hui entré en force, le Tribunal de première instance, statuant en application de l'art. 731b al.1bis ch. 3 CO, a prononcé la dissolution de B_____ SA et sa liquidation selon les dispositions applicables à la faillite.

Le 27 juin 2022, la raison sociale de B_____ SA est devenue B_____ SA EN LIQUIDATION.

La (liquidation par voie de) faillite a été publiée le 30 juin 2022.

B. Le 9 février 2021, B_____ SA, indiquant avoir son adresse au Luxembourg mais agissant par un avocat genevois en l'Etude duquel elle élisait domicile, a déposé à l'encontre de la société genevoise A_____ SA une requête en consultation des comptes sociaux de cette dernière (cause C/1_____/2021).

Par jugement JTPI/11520/2021 du 16 septembre 2021, le Tribunal a partiellement fait droit à la requête de B_____ SA. Il résulte du considérant C.c dudit jugement que le Tribunal a considéré qu'il n'existait qu'une société B_____ SA, laquelle avait certainement conservé son siège en Suisse au regard du droit suisse; l'indication dans sa requête d'une adresse luxembourgeoise ne conduisait toutefois pas à son irrecevabilité et la question de sa légitimation active n'avait pas été soulevée.

Sur appel de A_____ SA, le jugement du 16 septembre 2021 a été confirmé par la Cour de justice par arrêt ACJC/45/2022 du 17 janvier 2022. Au considérant 2.2 de cette décision, la Cour a confirmé qu'il n'existait qu'une société B_____ SA et non pas deux, la question de savoir où se trouvait son siège n'étant pas déterminante pour l'issue du litige.

Le recours au Tribunal fédéral interjeté contre cette décision par A_____ SA a été déclaré irrecevable par arrêt 4A_88/2022 du 22 août 2022. Il résulte des considérants 3.1 et 3.2 de cet arrêt que, selon le Tribunal fédéral, la Cour avait retenu de manière non arbitraire qu'il n'existait qu'une société B_____ SA, et non deux.

C. **a.** Le 6 septembre 2022, l'avocat genevois ayant représenté B_____ SA dans la cause C/1_____/2021 a adressé à l'Office cantonal des poursuites (ci-après : l'Office), pour le compte de cette dernière, une réquisition de poursuite ordinaire dirigée contre A_____ SA et tendant au paiement des montants de 300 fr., 2'500 fr. et 4'500 fr. qui lui avaient été alloués au titre de remboursement des frais judiciaires et dépens par le Tribunal, la Cour et le Tribunal fédéral dans le cadre de ladite procédure.

L'identité de la créancière, telle qu'indiquée dans la réquisition de poursuite, était *"B_____ SA, avenue 2_____ no. _____, [code postal] Luxembourg"*.

b. Le commandement de payer, poursuite n° 3_____, établi le 13 septembre 2022 par l'Office a été notifié le 19 septembre 2022 à A_____ SA, qui a formé opposition.

D. **a.** Par acte adressé le 29 septembre 2022 à la Chambre de surveillance, A_____ SA a formé une plainte au sens de l'art. 17 LP contre le commandement de payer, poursuite n° 3_____, concluant à ce que la nullité de ladite poursuite soit constatée. Selon elle, dans la mesure où la faillite de B_____ SA avait été déclarée, elle n'avait plus qualité pour agir à son encontre.

b. Dans ses observations du 20 octobre 2022, l'Office s'en est rapporté à justice.

c. Par détermination du 25 octobre 2022, B_____ SA – agissant par l'avocat l'ayant représentée dans la cause C/1_____/2021 et mentionnant son adresse luxembourgeoise – a conclu au rejet de la plainte. Elle a expliqué en résumé qu'elle était une société luxembourgeoise distincte de la société suisse B_____ SA dont la dissolution avait été ordonnée. Son existence devait être reconnue en Suisse en application des art. 21 al. 2, 154 et 155 LDIP. C'est elle qui avait conduit, en mentionnant expressément son adresse luxembourgeoise, la procédure C/1_____/2021 dont la poursuite visait l'exécution pécuniaire. Il était abusif de la part de la poursuivie de soutenir aujourd'hui qu'elle ne formait qu'un avec la société suisse, puisqu'elle avait prétendu le contraire dans la procédure C/1_____/2021.

d. Par réplique spontanée du 16 novembre 2022, A_____ SA a pris un certain nombre de conclusions préalables nouvelles, de nature constatatoire, et persisté pour le surplus dans ses conclusions. Elle a en résumé fait valoir que la société inscrite au Registre du commerce luxembourgeois n'était pas nouvelle mais la même que celle alors encore inscrite au Registre du commerce jurassien.

e. En l'absence de duplique spontanée, la cause a été gardée à juger le 1er décembre 2022.

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. 125 et 126 al. 2 let. c LOJ; art. 6 al. 1 et 3 et 7 al. 1 LaLP) contre des mesures prises par l'office qui ne peuvent être attaquées par la voie judiciaire (art. 17 al. 1 LP). A qualité pour former une plainte toute personne lésée ou exposée à l'être dans ses intérêts juridiquement protégés, ou tout au moins touchée dans ses intérêts de fait, par une décision ou une mesure de l'office (ATF 138 III 628 consid. 4; 138 III 219 consid. 2.3; 129 III 595 consid. 3; 120 III 42 consid. 3). La plainte doit être déposée, sous forme écrite et motivée (art. 9 al. 1 et 2 LaLP; art. 65 al. 1 et 2 LPA, applicable par renvoi de l'art. 9 al. 4 LaLP), dans les dix jours de celui où le plaignant a eu connaissance de la mesure (art. 17 al. 2 LP).

Une augmentation des conclusions après l'expiration du délai de plainte n'est pas admissible (arrêt du Tribunal fédéral 5A_326/2015 du14 janvier 2016 consid. 2.2).

1.2 Formée en temps utile, dirigée contre un acte de poursuite – le commandement de payer – pouvant être contesté par cette voie, émanant d'une personne susceptible d'être lésée dans ses intérêts juridiquement protégés et respectant pour le surplus les exigences de forme prévues par la loi, la plainte est en l'espèce recevable.

Tardives, et portant au demeurant sur des constatations factuelles de nature préjudicielle, les conclusions préalables nouvellement formulées par la plaignante dans sa réplique spontanée sont en revanche irrecevables.

2. **2.1.1** Selon l'art. 67 al. 1 ch. 1 LP, la réquisition de poursuite doit, s'il y a lieu, indiquer l'identité et le domicile de l'éventuel représentant du créancier. Il en va de même, en vertu de l'art. 69 al. 2 ch. 1 LP, du commandement de payer. L'office des poursuites n'a pas à rechercher d'office si la personne qui a signé la réquisition de poursuite pour le compte du créancier disposait véritablement des pouvoirs pour le faire (ATF 144 III 277 consid. 3.1.1). Un éventuel défaut de pouvoirs de représentation doit être soulevé par le débiteur dans le cadre d'une plainte à l'autorité de surveillance (ATF 144 III 277 consid. 3.1.1; arrêt du Tribunal fédéral

5A_768/2014 du 2 novembre 2015 consid. 7.2). S'il est vérifié, ce défaut conduira à l'annulation du commandement de payer et de la poursuite.

2.1.2 Selon l'art. 731b CO, un actionnaire ou un créancier peut, en cas de carence au sens de l'art. 731b al. 1 ch. 1 à 5 CO dans l'organisation d'une société (notamment d'une société anonyme), requérir du juge de son siège (art. 10 al. 1 let. b CPC) qu'il prenne les mesures nécessaires. Le juge peut notamment prononcer la dissolution de la société et ordonner sa liquidation selon les règles de la faillite.

Bien qu'une telle décision ne constitue pas à proprement parler un jugement de faillite (art. 731b al. 4 CO; PETER/CAVADINI, CR CO II, 2ème édition, N 23 ad art. 731b CO), elle a pour conséquence que la liquidation de la société dissoute se déroulera sous le contrôle de l'autorité étatique, soit en principe l'office des faillites, en suivant la procédure des art. 197 et suivants LP. Est en particulier applicable l'art. 240 LP, selon lequel l'administration de la faillite exerce seul le pouvoir de disposition sur les biens du failli faisant partie de la masse et agit comme son représentant légal (JEANDIN/FISCHER, CR LP, 2005, N 1 et 2 ad art. 240 LP), lui-même ne pouvant plus disposer de ses biens (art. 204 al. 1 LP) ni accepter des paiements (art. 205 LP).

2.1.3 Selon l'art. 163 al. 1 LDIP, une société suisse peut, sans procéder à une liquidation ni à une nouvelle fondation, se soumettre au droit étranger si elle satisfait aux conditions visées par le droit suisse et si elle continue d'exister en vertu du droit étranger. L'al. 2 de cette disposition précise que le transfert doit être précédé d'un appel aux créanciers, ceux-ci devant être informés du changement projeté de statut juridique et invités à produire leurs créances; s'il s'agit d'une société inscrite au Registre du commerce, ils pourront en outre exiger que ces créances soient garanties.

D'un point de vue suisse, la société ne cessera d'exister comme société suisse qu'à partir de sa radiation du Registre du commerce (DUTOIT/BONOMI, Droit international privé suisse, commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 6ème édition, 2022, N 3 ad art. 163 LDIP). Cette radiation suppose la production par le requérant d'un certain nombre de documents (art. 127 al. 1 ORC), parmi lesquels le rapport d'un expert-réviseur agréé attestant que les créanciers ont obtenu des garanties, ont été désintéressés au sens de l'art. 46 LFus ou consentent à la radiation (art. 164 al. 1 LDIP et art. 127 al. 1 let. b ORC), ainsi que l'approbation des autorités fiscales de la Confédération et du canton (art. 127 al. 2 ORC).

2.2 L'intimée fait valoir que, bien que leurs raisons sociales soient identiques, elle serait une personne morale différente et distincte de celle dont la dissolution a été prononcée le 12 mai 2022 par le Tribunal. Elle invoque à cet égard son inscription au Registre du commerce du Luxembourg, intervenue le 15 juillet 2015.

Ce point de vue ne peut être partagé. Il résulte au contraire des pièces du dossier, et en particulier du procès-verbal de l'assemblée générale de l'intimée tenue le 1er juillet 2015 au Luxembourg, que son inscription deux semaines plus tard dans le Registre du commerce de cet Etat est la conséquence de son transfert de siège et non de sa constitution. Cette qualification a pour conséquence que, d'un point de vue suisse, l'intimée restait une société suisse jusqu'à sa radiation du Registre du commerce. laquelle impliquait un certain nombre de démarches et vérifications destinées à protéger les créanciers et les administrations fiscales fédérale et cantonale. Dans la mesure où cette radiation n'est finalement jamais intervenue, l'intimée ayant au contraire expressément retiré sa réquisition en ce sens, le transfert de siège qu'elle projetait ne s'est, du point de vue suisse, jamais concrétisé : elle est donc demeurée une société suisse et, à ce titre, ne saurait invoquer en sa faveur les art. 21 al. 2, 154 et 155 LDIP pour prétendre être reconnue en Suisse comme une société luxembourgeoise.

La Chambre de céans ne voit ainsi aucun motif de s'écarter du constat auquel est parvenue la Cour dans son arrêt du 17 janvier 2022 – constat considéré comme non arbitraire par le Tribunal fédéral – selon lequel il n'existe qu'une société B_____ SA et non pas deux. Le fait que, pour des raisons qui lui sont propres, l'intimée ait choisi de faire état dans divers actes officiels, et notamment dans les actes de procédure déposés dans la présente cause ainsi que dans la cause C/1_____/2021, d'une adresse, voire d'un siège, luxembourgeois n'y change rien : faute d'avoir satisfait aux réquisits de l'art. 163 al. 1 LDIP, elle est restée – sous l'angle du droit suisse – une société suisse. Admettre le contraire reviendrait à autoriser une société suisse à *"émigrer"* selon son bon vouloir en emportant avec elle ses actifs sans tenir aucun compte des droits de ses créanciers et des autorités fiscales suisses, ce qui ne correspond pas à la volonté du législateur.

Dans la continuité des considérations qui précèdent, il y a lieu de constater que le siège de l'intimée est demeuré à C_____ [Jura] jusqu'au 28 août 2017, date à laquelle il a été transféré à Genève, où il se trouve aujourd'hui encore. Le Tribunal était donc compétent (art. 10 al. 1 let. b CPC) pour prononcer, en application de l'art. 731b al. 1bis ch. 3 CO, sa dissolution et sa liquidation selon les règles de la faillite.

Prononcée le 27 juin 2022, et publiée le 30 juin 2022, la décision du Tribunal a eu pour effet de priver l'intimée, respectivement ses organes ou les personnes nommées par eux, de disposer de son patrimoine (art. 204 LP) et d'accepter des paiements (art. 205 LP), seule l'administration de la faillite (ou les personnes mandatées à cet effet par cette dernière) étant désormais autorisée à représenter la masse à l'égard des tiers (art. 240 LP).

Il résulte de ce qui précède que seule l'administration de la masse (soit concrètement, et à tout le moins jusqu'à la première assemblée des créanciers, l'office cantonal des faillites), respectivement une personne mandatée par celle-ci, pouvait engager des poursuites en recouvrement d'une créance dont l'intimée était

titulaire au moment de sa dissolution (art. 197 al. 1 LP) ou d'une créance de masse.

Dans le cas d'espèce, la réquisition de poursuite a été adressée à l'Office le 16 septembre 2022 – soit deux mois et demi après la publication de la liquidation par voie de faillite – par un mandataire dont il est constant qu'il n'a pas été mandaté à cet effet par l'administration de la faillite, et qu'il ne disposait donc pas des pouvoirs pour agir au nom de l'intimée. Il n'est par ailleurs pas allégué que l'administration de la masse aurait par la suite ratifié la réquisition déposée sans pouvoirs, laquelle se révèle ainsi, *a posteriori*, inefficace.

La plainte est donc bien fondée : la poursuite n° 3_____ de même que le commandement de payer notifié le 19 septembre 2022 dans ladite poursuite seront donc annulés.

3. Au vu des considérants qui précèdent, la présente décision sera notifiée, pour l'intimée, en mains de l'office cantonal des faillites. Une copie en sera toutefois communiquée par pli recommandé, à titre d'information, au mandataire ayant signé la réquisition de poursuite.

4. 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 29 septembre 2022 par A_____ SA contre le commandement de payer notifié le 19 septembre 2022 dans la poursuite n° 3_____.

Au fond :

L'admet.

Annule le commandement de payer, poursuite n° 3_____.

Annule la poursuite n° 3_____.

Siégeant :

Monsieur Patrick CHENAUX, président; Monsieur Luca MINOTTI et Monsieur Denis KELLER, juges assesseurs; Madame Christel HENZELIN, greffière.

Le président :	La greffière :
Patrick CHENAUX	Christel HENZELIN

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.