

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3762/2013-CS

DCSO/105/14

DECISION

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre de surveillance
des Offices des poursuites et faillites

DU JEUDI 10 AVRIL 2014

Plainte 17 LP (A/3762/2013-CS) formée en date du 22 novembre 2013 par **M. K_____**, élisant domicile en l'étude de Me Philipp GANZONI, avocat.

* * * * *

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

- **M. K_____**
c/o Me Philipp GANZONI, avocat
Des Gouttes & Associés
Avenue de Champel 4
1206 Genève
 - **Office des poursuites.**
-

EN FAIT

A. a. M. K_____, qui est domicilié en France, est titulaire d'une entreprise individuelle, dont le siège se trouve à Genève et qui est inscrite au Registre du commerce sous la raison de commerce "K_____".

b. En date du 18 octobre 2013, il a formé une déclaration d'insolvabilité au sens de l'art. 191 LP au vu du découvert de l'entreprise de 100'000 fr. auquel il ne parvenait pas à faire face; la déclaration d'insolvabilité ne précise pas si ce découvert se rapporte à des dettes privées ou professionnelles. Il y est mentionné que le requérant est domicilié en France et inscrit au Registre du commerce à Genève. Dans la requête de faillite, le conseil de celui-ci a demandé au Tribunal de première instance de *"bien vouloir prononcer la faillite de [s]on mandant"*.

c. Par jugement du 31 octobre 2013, le Tribunal a *"déclaré M. K_____, né le xx 1959 à Soissons (France), originaire de France, fils de M. HK_____ et Mme K_____, divorcé, domicilié R_____, 74xxx Z_____, France, inscrit au Registre du commerce, en état de faillite dès ce jour à 14h15"*.

La page de garde fait uniquement état du domicile étranger du failli; elle ne mentionne pas l'adresse du laboratoire exploité par le failli.

d. Le 12 novembre 2013, l'Office des faillites (ci-après: l'Office) a refusé d'exécuter le jugement de faillite, le considérant comme nul. A défaut de domicile en Suisse et d'existence dans ce dernier pays d'un for valable, M. K_____ ne pouvait pas être déclaré en faillite à Genève.

B. a. Par acte expédié le 22 novembre 2013, M. K_____ dépose plainte contre cette décision, exposant, d'une part, qu'il se trouve dans l'impossibilité d'obtenir l'exécution de sa propre mise en faillite puisque la déclaration d'insolvabilité ne peut être faite qu'au for ordinaire et, d'autre part, qu'il ne peut pas requérir à son domicile en France la mise en faillite de son entreprise, qui est inscrite au Registre du commerce de Genève. Un tel empêchement se heurtait à son droit à l'égalité de traitement en ce qui concernait l'accès à une activité économique et son exercice instauré par l'Accord sur la libre circulation des personnes conclu entre la Suisse et la Communauté européenne et ses Etats membres (art. 7 let. a ALCP), dont la France fait partie. Enfin, il requiert la suspension de la procédure dans l'attente de l'arrêt à rendre par le Tribunal fédéral dans une cause similaire (DSCO/176/13).

b. Par ordonnance du 11 décembre 2013, la Chambre de céans a rejeté la requête en suspension, l'état de fait et les questions juridiques soulevées dans la procédure précitée différant du cas d'espèce.

c. L'Office conclut au rejet de la plainte. Il soutient que l'entreprise du plaignant, mise en faillite sur la base de l'art. 191 LP, ne peut être poursuivie que par voie de saisie. La voie de la faillite n'est pas ouverte, celle-ci ne pouvant être prononcée qu'au for ordinaire, qui se trouve, en l'espèce, à l'étranger. En second lieu, il relève que seule une faillite requise à la demande d'un créancier au sens de l'art. 190 al. 1 ch. 1 LP permet une poursuite par voie de faillite de raisons individuelles inscrites au Registre du commerce de Genève, mais exploitées par des personnes domiciliées à l'étranger.

d. Dans sa réplique spontanée, M. K_____ conclut, outre à l'annulation de la décision querellée, à ce qu'il soit ordonné à l'Office d'exécuter le jugement de faillite. Il invoque notamment l'exception que constitue l'art. 50 al. 1 LP à la déclaration de faillite au for ordinaire ainsi que le caractère injustifié de la restriction de la notion de faillite sans poursuite préalable au seul cas où la faillite est requise par un créancier au sens de l'art. 190 al. 1 ch. 1 LP.

e. L'Office duplique en relevant que le jugement de faillite du 31 octobre 2013 ne limite nullement la compétence de l'Office aux seuls droits patrimoniaux suisses liés à l'exploitation de la boulangerie-pâtisserie du plaignant ni n'indique que les seules dettes contractées de manière indépendante par l'entreprise individuelle ne seront portées à l'état de collocation.

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 LaLP) contre des mesures de l'Office non attaquables par la voie judiciaire (art. 17 al. 1 LP).

La question de savoir si les dispositions impératives de for relatives à la faillite sont respectées peut faire l'objet d'une plainte, y compris à la suite du prononcé d'une faillite sans poursuite préalable (ATF 114 III 6 consid. 1; 46 III 108; BRUNNER/BOLLER, Basler Kommentar, SchKG II, 2e éd., n. 29 ad art. 191 et n. 46 ad art. 50;).

1.2 Interjetée, pour le surplus, dans le délai de 10 jours (art. 17 al. 2 LP) et selon la forme prescrite (art. 9 al. 1 LaLP et art. 65 al. 1 et 2 LPA applicable par renvoi de l'art. 9 al. 4 LaLP), la plainte est recevable.

- 2.** Le plaignant fait grief à l'Office d'avoir refusé d'exécuter le jugement de faillite du 31 octobre 2013 malgré le siège à Genève de son entreprise individuelle et son inscription au Registre du commerce.

2.1 L'art. 46 al. 1 LP prévoit que le for ordinaire de la poursuite est au domicile du débiteur.

En vertu du principe de la territorialité de la poursuite exprimé par la disposition précitée et rappelé par le Tribunal fédéral (ATF 107 III 53 consid. 4e), le débiteur domicilié à l'étranger ne peut être poursuivi en Suisse. L'art. 50 al. 1 LP consacre l'une des exceptions à ce principe en prévoyant que le débiteur domicilié à l'étranger qui possède un établissement en Suisse peut y être poursuivi pour les dettes de celui-ci. Cette disposition constitue un for pour n'importe quel mode de poursuite, y compris la faillite, contrairement aux autres fors spéciaux de poursuite (art. 48 à 54 LP) qui ne permettent pas une exécution générale (ATF 114 III 6 consid. 1b, JdT 1991 II p.17; 107 III 53 consid. 4e). Le for de l'art. 50 al. 1 LP ne dépend pas d'une inscription au registre du commerce mais est subordonné seulement à l'existence d'un établissement en Suisse du débiteur domicilié à l'étranger (ATF 114 III 6 consid. 1b, JdT 1991 II 17; ATF 98 Ib 100 consid. 3; Ernst F. SCHMID, in SchKG I, 2^{ème} éd. 2010, n. 9 ad art. 50; Pierre-Robert GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, éd. Payot, 1999, n. 29 ss ad art. 50).

La notion d'établissement s'entend de tout lieu d'opérations où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains, des biens et des services (Henri-Robert SCHÜPBACH, in CR-LP, 2005, n. 8 ad art. 50 LP). L'établissement en Suisse auquel l'art. 50 al. 1 LP fait référence peut être soit un établissement principal, notamment pour des débiteurs domiciliés à l'étranger dans une zone frontalière mais exploitant en Suisse une entreprise, soit un établissement secondaire (ATF 114 III 6; JdT 1991 II p. 17; ATF 98 Ib 100 consid. 1c; SCHMID, op. cit., n. 9 ad art. 50; GILLIÉRON, op. cit., n. 12 et 29 ss ad art. 50).

2.2 En raison de leur nature, les fors spéciaux des art. 48 à 54 LP, lesquels remplacent le for ordinaire lorsque le débiteur est absent (Walter A. STOFFEL/Isabelle CHABLOZ, Voies d'exécution, 2^{ème} éd., STÄMPFLI, 2010, n. 109, p. 86), font l'objet d'un régime particulier s'agissant des fors de poursuites et de ceux auxquels la faillite doit être déclarée.

Concernant l'art. 50 al. 1 LP, le Tribunal fédéral a indiqué que le principe de l'exécution générale de la faillite n'est limité par le principe de la territorialité qu'en matière de faillite de l'établissement commercial en Suisse d'un débiteur établi à l'étranger, tous les créanciers de l'établissement commercial concourant au for de ce dernier en Suisse (ATF 107 III 53 consid. 4e). Il en résulte que la faillite de l'établissement en Suisse d'un débiteur domicilié à l'étranger doit se limiter, d'une part, à la masse passive de celui-là, laquelle comprend exclusivement les dettes contractées de manière indépendante par la succursale et autorise les seuls créanciers de cette dernière à participer à la faillite de son titulaire, et, d'autre part, à la masse active. Celle-ci ne comprend que les droits patrimoniaux de la succursale localisés en Suisse, soit les actifs liés à l'exploitation de la succursale, car il s'agit d'une masse patrimoniale distincte par rapport à celle de la faillite principale étrangère (Sylvain MARCHAND,

Précis de droit des poursuites, 2^{ème} éd., 2013, p. 11; Gabrielle KAUFMANN-KOHLER/Antonio RIGOZZI, in Commentaire romand, 2005, n. 89-90 ad art. 166 LDIP).

Le Tribunal fédéral a en outre eu l'occasion d'expliciter les conditions d'application des art. 50 al. 2 et 52 LP, qu'il convient d'analyser brièvement afin de présenter, à titre de comparaison avec l'art. 50 al. 1 LP applicable en l'espèce, quelques exigences particulières à respecter lorsque certains des fors spéciaux sont invoqués. La première disposition, à teneur de laquelle un débiteur domicilié à l'étranger, qui a élu domicile en Suisse pour l'exécution d'une obligation, peut y être poursuivi pour cette dette, constitue un for pour la poursuite d'un seul créancier et l'exécution forcée d'une seule dette, celle expressément visée par l'élection de domicile. Cette poursuite spéciale est donc de par sa nature contraire à la faillite, qui a pour objet l'exécution forcée en un seul lieu (art. 55 LP) de toutes les dettes du débiteur, au bénéfice de tous les créanciers concurrents (ATF 107 III 53 consid. 4a). Le for conventionnel de poursuite de l'art. 50 al. 2 LP n'est valable que pour une dette individualisée au profit d'un seul créancier et exclut par là même le concours des autres créanciers et des autres dettes, concours qui caractérise la faillite (ATF 107 III 53 consid. 4e).

La seconde disposition prévoit que la poursuite après séquestre peut s'opérer au lieu où l'objet séquestré se trouve, la commination et la réquisition de faillite ne pouvant toutefois être notifiées qu'au for ordinaire, à l'exclusion du for du séquestre. Le for de l'art. 52 LP est donc uniquement prévu pour la poursuite de créances figurant dans l'ordonnance de séquestre et pour les créanciers qui ont obtenu le séquestre (ATF 107 III 53 consid. 4a).

2.3 En l'espèce, il n'est pas contesté que le plaignant est domicilié en France ni qu'il exploite une entreprise individuelle à Genève, cette dernière constituant au demeurant un établissement au sens de l'art. 50 al. 1 LP dans la mesure où il y exerce une activité économique de façon permanente. Au vu de sa situation et des éléments exposés précédemment, la poursuite de cet établissement et sa déclaration de faillite devait, respectivement, avoir lieu et être prononcée à Genève, s'agissant uniquement des dettes contractées pour l'exploitation de ce dernier, à l'exclusion des dettes personnelles du plaignant, et des droits patrimoniaux de l'établissement, une séparation claire devant être opérée entre les patrimoines privés et professionnels du plaignant.

Or, il appert que le jugement de faillite du 31 octobre 2013 déclare le plaignant en état de faillite et non son établissement. La mention de son inscription au registre du commerce ne suffit pas pour retenir que le Tribunal a prononcé la faillite du seul établissement du plaignant et non celle de ce dernier. En outre, la requête de faillite n'indique pas que le plaignant souhaitait obtenir la faillite de son établissement. Il ne ressort pas non plus de la déclaration d'insolvabilité que le montant du découvert ainsi que les créanciers sont uniquement liés à l'établissement qu'exploitait le plaignant. Ainsi ni la requête de faillite ni le dispositif du jugement de faillite, ni leur lecture

conjointe ne permettent de retenir que la faillite était limitée aux masses actives et passives de l'entreprise individuelle du plaignant.

L'Office n'est pas lié par un jugement de faillite lorsque la procédure devant le juge de la faillite est affectée d'un vice qui est une cause de nullité absolue (arrêt du Tribunal fédéral 5A_647/2013 du 27 février 2014; GILLIÉRON, op. cit., n. 34 ad art. 174). Les règles de for de la faillite sont de nature impérative (ATF 111 III 66 consid. 2). L'acte établi en violation de celles-ci est frappé de nullité absolue (cf. art. 22 LP). Le jugement de faillite prononcé par un juge incompétent à raison du lieu est ainsi nul (arrêt 5A_647/2013 précité; GILLIÉRON, op. cit., n. 64 ad art. 191).

Dès lors que le jugement de faillite a été prononcé en violation des règles de for en déclarant le plaignant, domicilié en France, en faillite à Genève, il est nul. Partant, l'Office a, à juste titre, refusé de l'exécuter.

2.4 Le plaignant invoque, en outre, une violation de l'art. 7 let. a ALCP en ce sens que le refus par l'Office d'exécuter le jugement de faillite du 31 octobre 2013 se heurte à son droit à l'égalité de traitement avec le chef d'une raison individuelle domicilié en Suisse en ce qui concerne l'exercice de son activité économique et la fin de celle-ci.

La disposition précitée prévoit que les parties contractantes règlent, conformément à l'annexe I du même accord, notamment le droit lié à la libre circulation des personnes, à l'égalité de traitement avec les nationaux en ce qui concerne l'accès à une activité économique et son exercice ainsi que les conditions de vie, d'emploi et de travail. Or, l'art. 50 al. 1 LP prévoit précisément la possibilité pour le débiteur domicilié à l'étranger de limiter les poursuites à son établissement sis en Suisse et, le cas échéant, de pouvoir, sur de nouvelles bases, recommencer son activité économique, comme le peut le titulaire d'une raison de commerce domicilié en Suisse; la disposition ne consacre ainsi aucune discrimination envers les ressortissants soumis à l'Accord de libre circulation des personnes. Partant, le grief tiré de la violation de l'art. 7 let. a ALCP est mal fondé.

La plainte sera donc rejetée.

3. La procédure de plainte est gratuite (art. 20a al. 2 ch. 5 LP et art. 61 al. 2 let. a OELP).

* * * * *

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

A la forme :

Déclare recevable la plainte formée le 22 novembre 2013 par M. K_____ contre la décision de l'Office des faillites du 12 novembre 2013.

Au fond :

La rejette.

Siégeant :

Madame Florence KRAUSKOPF, présidente; Madame Valérie CARERA et Monsieur Philippe VEILLARD, juges assesseur(e)s; Madame Véronique PISCETTA, greffière.

La présidente :

Florence KRAUSKOPF

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.