



POUVOIR JUDICIAIRE

DCSO/44/10

DÉCISION

DE LA COMMISSION DE SURVEILLANCE DES OFFICES DES POURSUITES ET DES FAILLITES SIÉGEANT EN SECTION

DU JEUDI 21 JANVIER 2010

Cause A/4207/2009, plainte 17 LP formée le 24 novembre 2009 par **B_____ SA** et **Mme R_____**.

Décision communiquée à :

- **B_____ SA**
- **Mme R_____**

- **Office des faillites**
Faillite n° 2009 xxxx39 H / OFA5

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 Commission de surveillance des Offices des poursuites et des faillites, unique autorité cantonale de surveillance en matière de poursuite pour dettes et faillite (art. 56R al. 3 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). 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).

EN FAIT

A. Le 8 septembre 2009, B_____ SA a adressé un avis d'insolvabilité au Tribunal de première instance lequel a, par jugement du 17 novembre 2009, communiqué le même jour, prononcé la faillite de cette société. Le juge de la faillite a retenu qu'il résultait du bilan intermédiaire au 31 août 2008 et du compte de pertes et profits de l'exercice allant du 1^{er} septembre au 31 août 2009 que B_____ SA était surendettée, respectivement que l'exploitation était déficitaire. Il a également relevé que l'intéressée n'avait fourni aucune garantie de couverture des charges pendant un éventuel ajournement de la faillite, qu'elle ne pouvait par conséquent être mise au bénéfice d'un ajournement de faillite et que, pour le même motif, la demande de la requérante, dans la mesure où elle devait être interprétée dans le sens d'une requête de sursis concordataire, serait rejetée car un tel sursis doit être révoqué lorsque la conservation du patrimoine du débiteur n'est plus assurée (art. 925 al. 5 CO).

Par télécopie du 22 novembre 2009, M. L_____, mandataire de Mme R_____, administratrice unique de la faillie, a écrit à l'Office. Il exposait qu'il était sur le point de faire "*une intéressante proposition de concordat par abandon d'actif qui devrait correctement satisfaire l'ensemble des créanciers*". Il précisait : "*J'ai en effet à ce jour l'engagement d'un tiers, M. A_____, entrepreneur à Collonge-Bellerive, de fonder rapidement avec Madame R_____ une Sarl au capital entièrement libéré de FR. 20'000.-, qui reprendrait le patrimoine (actif et passif) de la SA en liquidation, après quelques arrangements sur les dettes*". Il demandait à l'Office, qui avait informé Mme R_____, le 20 novembre 2009, que son magasin allait être fermé le 23 suivant, de sursoir à cette mesure.

Le 23 novembre 2009, l'Office des faillites (ci-après : l'Office) a pris les mesures suivantes : fermeture de l'arcade commerciale où se déployait l'activité de la faillie et licenciement de son personnel.

Le 30 novembre 2009, l'Office a reçu un avis de la Cour de justice l'informant qu'elle avait été saisie d'un appel contre le jugement du Tribunal de première instance et que l'effet suspensif avait été refusé.

Le 2 décembre 2009, l'Office a procédé à l'interrogatoire de Mme R_____. Il ressort du procès-verbal établi ce jour que la précitée a notamment déclaré que la société avait un compte auprès de Postfinance, duquel elle avait retiré, postérieurement au prononcé de la faillite, la somme de 6'000 fr.

Le 3 décembre 2009, M. L_____ a adressé à l'Office une télécopie à teneur de laquelle il "*confirme offrir à la masse en faillite, pour le compte de Mme R_____ , la somme de FR. 20'000.-*". Il ajoute : "*Cette somme est bloquée à disposition de votre Office à la Banque cantonale de Genève (...). Elle vous sera*

versée à condition de pouvoir transférer en possession de Madame R_____, avant lundi 7 décembre, le bail, les installations, la ligne téléphonique et le contrat de leasing du véhicule. Au-delà du 7 décembre, une nouvelle offre d'un montant moindre pourra encore vous être faite ; cela non pour vous mettre sous pression mais pour tenir compte de l'érosion, jour après jour, du fonds de commerce".

Par télécopie du même jour, l'Office a répondu qu'il ne pouvait donner suite à la demande de cession du commerce à Mme R_____ dans le cadre d'une vente de gré à gré pour la somme de 20'000 fr. Il relevait que le délai prévu à l'art. 231 al. 3 ch. 2 LP n'avait pas encore commencé à courir et qu'au surplus aucun élément ne permettait en l'état d'affirmer qu'une vente d'urgence était possible, *"au contraire la fermeture du commerce, exécutée en conformité avec la loi, tend à démontrer que les conditions d'une réalisation d'urgence ne sont plus remplies"*. En outre, compte tenu du délai fixé au 7 décembre 2009, il n'était pas possible d'offrir aux créanciers la faculté de formuler des offres supérieures dans un délai raisonnable conformément à l'art. 256 al. 3 LP.

- B. Par acte déposé auprès de la Commission de céans le 24 novembre 2009, B_____ SA et Mme R_____ ont formé plainte, assortie d'une demande d'effet suspensif, contre les mesures prises par l'Office. Ils concluent à ce qu'il soit constaté et jugé que les mesures de conservations ordonnées sont dénuées de tout fondement et de toute proportionnalité et doivent être immédiatement interrompues et suspendues jusqu'à droit connu et que les préjudices matériels et moraux qu'elles ont générés sont à la charge de l'Etat. Ils sollicitent également qu'un délai convenable *"(à fin décembre)"* leur soit accordé pour proposer aux créanciers la transaction d'un concordat par abandon d'actif puis le soumettre au juge. B_____ SA et Mme R_____ soutiennent en substance qu'il appartenait à l'Office *"d'examiner les offres de garanties, de les contrôler et de les transmettre aux créanciers, de sorte qu'un tel concordat puisse être négocié, présenté au juge et enfin avalisé"*. Ils affirment que l'Office a commis un *"abus d'autorité"* en engageant de lui-même *"des mesures aussi brutales, annulant tout arrangement possible et faisant perdre leurs biens tant à la débitrice qu'aux créanciers"*, alors qu'il eût appartenu au juge de la faillite de les ordonner en application de l'art. 170 LP. Ils produisent notamment deux documents datés du 22 novembre 2009, adressés à, respectivement, M. A_____ et Mme R_____ , confirmant un accord pris entre les précités le matin même et relatif à la constitution d'une sàrl, qui reprendrait la patrimoine de la B_____ SA et dont le capital de 20'000 fr. serait libéré avant la fin de l'année par le premier nommé. Ces deux pièces ne sont pas signées par leurs destinataires. Les plaignants ajoutent qu'une *"administration sous contrôle"* (art. 223 LP) était *"évidemment"* la plus indiquée.

Par ordonnance du 25 novembre 2009, la Commission de céans a rejeté la demande d'effet suspensif.

Dans son rapport du 16 décembre 2009, l'Office relève que les plaignantes ne lui ont pas présenté un projet de concordat, pas plus qu'elle n'ont fait l'avance de frais nécessaire à la tenue d'une assemblée des créanciers (art. 332 al. 1 LP) et qu'en tout état, une telle assemblée ne pourrait se tenir qu'après l'établissement de l'état de collocation ; or, la faillite ayant été prononcée le 17 novembre 2009, L'établissement de l'inventaire est en cours. L'Office ajoute qu'il était d'autant plus fondé à prendre toutes les mesures conservatoires qui s'imposaient que l'administratrice de la faillie a reconnu avoir retiré 6'000 fr. d'un compte ouvert au nom de cette dernière. Il conclut au rejet de la plainte.

EN DROIT

- 1.a. La Commission de céans est compétente, en tant qu'autorité cantonale de surveillance (art. 13 LP ; art. 10 al. 1 et 11 al. 2 LaLP ; art. 56R al. 3 LOJ), pour connaître des plaintes dirigées contre des mesures des organes de l'exécution forcée ne pouvant être contestées par la voie judiciaire (art. 17 al. 1 LP). La plainte doit être déposée dans les dix jours de celui où le plaignant a eu connaissance de la mesure (art. 17 al. 2 LP).
- 2.b. L'existence d'un intérêt à saisir l'autorité de surveillance d'une plainte est la condition même de la recevabilité de la plainte et doit être examinée d'office. La qualité pour porter plainte est reconnue à toute personne lésée ou exposée à l'être dans ses intérêts juridiquement protégé, ou tout au moins touchée dans ses intérêts de fait, par une mesure ou une omission de l'organe de poursuite (ATF 120 III 42 consid. 3; Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire ad. art. 17 n° 140 ss; Kurt Amonn / Fridolin Walther, Grundriss, 7^{ème} éd. 2003, § 6, n° 23 ss). Il n'est pas nécessaire que le plaignant ait été partie à la procédure d'exécution forcée pendante ou close, qu'il soit le destinataire de l'acte de poursuite attaqué (Pierre-Robert Gilliéron, op. cit. ad art. 17 n° 159 et les jurisprudences citées).
- 2.c. En l'espèce, les mesures de sûretés au sens de l'art. 223 LP sont des mesures sujettes à plainte et la faillie, représentée par son administratrice, ainsi que cette dernière ont qualité pour agir, étant directement touchées dans leurs intérêts, à tout le moins de fait, par la décision de l'Office de mettre fin à leur activité.

Formée dans le délai prescrit et respectant les exigences de formes (art. 13 al. 1 et 2 LaLP), la plainte sera déclarée recevable.

- 3.a. La loi prescrit à l'office, dès qu'il a reçu communication de l'ouverture de la faillite, de procéder à l'inventaire des biens du failli et de prendre les mesures nécessaires pour leur conservation (art. 221 LP). Font partie de ces mesures, destinées à assurer le maintien de la masse et à éviter sa diminution, les mesures de sûretés énumérées à l'art. 223 LP), en particulier la mise sous scellés de locaux

et des dépendances, ainsi que le placement des meubles et des valeurs sous la garde de l'office (Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 223 n° 6 ; François Vouilloz, CR-LP, ad art. 223 n° 1). Les locaux commerciaux doivent être immédiatement fermés et mis sous scellés, à moins que l'entreprise ne puisse être administrée sous contrôle de l'office, ce qui est le cas, par exemple, s'il existe une perspective de transmettre l'ensemble de l'entreprise du failli. Si les locaux ont seulement été remis à bail au failli et que l'administration de la faillite ne reprendra probablement pas le contrat, l'office a la faculté de faire évacuer les locaux et de prendre les objets s'y trouvant pour les placer sous sa garde (François Vouilloz, op.cit. ad art. 223 n° 3 ss).

- 2.b. En l'espèce, la faillite a été prononcée le 17 novembre 2009 et l'Office a pris les mesures prescrites à l'art. 223 al. 1 LP, soit la mise sous scellé de l'arcade dans laquelle la faillie exerçait son activité, le 23 suivant, étant rappelé que la Cour de justice, saisie d'un appel contre le jugement de faillite, a rejeté la demande d'effet suspensif.

A teneur de leur plainte, les plaignants reprochent à l'Office d'avoir pris de telles mesures sans avoir examiné au préalable leurs "*offres de garanties*". Ils affirment également que l'Office aurait dû examiner leur proposition de concordat par abandon d'actif du 22 novembre 2009.

S'agissant desdites offres, il sied de rappeler que le prétendu engagement d'un tiers de libérer le capital (20'000 fr.) d'une sàrl qui reprendrait les actifs et passif de la faillie ne ressort d'aucune pièce produite par les plaignants.

Quant au concordat par abandon d'actif, force est de relever que les plaignants sont dans l'erreur.

Aux termes de l'art. 332 LP, lorsque le débiteur, déclaré en faillite, propose un concordat, l'administration de la faillite le soumet avec son préavis aux créanciers, qui en délibèrent lors de leur seconde assemblée au plus tôt (al. 1). Les art. 302 à 307 et 310 à 331 LP s'appliquent par analogie et la réalisation est suspendue jusqu'à ce que le juge du concordat ait statué sur l'homologation (al. 2 1^{ère} et 3^{ème} phr.). Si la faillite est liquidée par la voie sommaire (art. 231 LP), le failli peut en tout temps déposer un projet de concordat ; il doit faire l'avance de frais occasionnés par une assemblée des créanciers (art. 84 let. a OAOF) et l'administration de la faillite doit convoquer cette assemblée après l'état de collocation (Dominique Junod Moser/Louis Gaillard, CR-LP ad art. 332 n° 15 ss et les réf. citées).

Or, en l'espèce, les plaignants n'ont pas présenté un projet de concordat, ni d'ailleurs fait l'avance de frais à la tenue d'une assemblée des créanciers, laquelle ne peut au demeurant avoir lieu qu'une fois l'état de collocation établi.

Les griefs des plaignants s'avèrent ainsi infondés.

3. Au surplus, il sied de relever que la référence à l'art. 170 LP est sans pertinence aucune. Si le juge de la faillite est compétent pour ordonner "*préalablement*", soit avant l'audience de faillite, "*toutes mesures conservatoires qu'il estime nécessaire dans l'intérêt des créanciers*", il incombe à l'Office, dès qu'il a reçu communication du jugement de faillite, de procéder conformément à l'art. 221 LP. Le fait que le juge de la faillite n'a pas ordonné de telles mesures est évidemment sans conséquence sur les devoirs de l'Office.
4. La plainte sera en conséquence être rejetée.

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COMMISSION DE SURVEILLANCE
SIÉGEANT EN SECTION :**

A la forme :

Déclare recevable la plainte formée le 24 novembre 2009 par B_____ SA et Mme R_____ contre les mesures conservatoires prises par l'Office des faillites le 23 novembre 2009 dans le cadre de la faillite de B_____ SA (n° 2009 xxxx39 H).

Au fond :

1. La rejette.
2. Déboute les plaignants de toutes autres conclusions.

Siégeant : Mme Ariane WEYENETH, présidente ; Mme Florence CASTELLA et M. Denis MATHEY, juges assesseur(e)s.

Au nom de la Commission de surveillance :

Véronique PISCETTA
Greffière :

Ariane WEYENETH
Présidente :

La présente décision est communiquée par courrier A à l'Office concerné et par courrier recommandé aux autres parties par la greffière le