



## POUVOIR JUDICIAIRE

DCSO/162/06

### DÉCISION

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

DU JEUDI 9 MARS 2006

Cause A/4415/2005, plainte 17 LP formée le 15 décembre 2005 par S\_\_\_\_\_ SA en **liquidation concordataire**, élisant domicile en l'étude de Me Roger MOCK, avocat à Genève, contre l'avis de saisie que l'Office des poursuites lui a envoyé le 7 décembre 2005 dans la poursuite n° 04 xxxx56 D intentée par la Société Immobilière C\_\_\_\_\_.

Décision communiquée à :

- **S\_\_\_\_\_ SA en liquidation concordataire**

domicile élu : Etude de Me Roger MOCK, avocat  
Rue du Conseil-Général 18  
1205 Genève

- **Société Immobilière C\_\_\_\_\_**

domicile élu : Etude de Me Christian LUSCHER, avocat  
Cours des Bastions 14  
Case postale 401  
1211 Genève 12

- **Office des poursuites**

---

Tout recours à la Chambre des poursuites et faillites du Tribunal fédéral doit être formé par écrit, déposé en trois exemplaires à la Commission de surveillance des offices des poursuites et des faillites (Rue Ami-Lullin 4, case postale 3840, 1211 Genève 3), accompagné d'une expédition de la décision attaquée, dans les dix jours dès la notification de la présente décision (art. 19 al. 1 LP) ou cinq jours en matière de poursuite pour effets de change (art. 20 LP). Le recours doit indiquer les points sur lesquels une modification de la décision attaquée est demandée et mentionner brièvement les règles de droit fédéral qui sont violées par la décision et en quoi consiste la violation.

---

## EN FAIT

- A. La Société Immobilière C \_\_\_\_\_, administrée par M. M \_\_\_\_\_ et M. A \_\_\_\_\_ (disposant tous deux de la signature collective à deux et par ailleurs actionnaires à raison chacun de la moitié du capital social de cette société), est propriétaire de la parcelle dite « B \_\_\_\_\_ », sise route X \_\_\_\_\_ à Genève, portant le n° \_\_\_\_\_ au cadastre de la commune de Genève, section Plainpalais. Des locaux commerciaux et des dépôts se trouvent sur cette parcelle, qui était louée à M. A \_\_\_\_\_, dont l'entreprise de génie civil et du bâtiment, exploitée jusque là en raison individuelle, a été constituée en société anonyme en 1989, sous la raison sociale S \_\_\_\_\_ SA.

Le 20 mars 1998, le Tribunal de première instance a accordé à S \_\_\_\_\_ SA un sursis concordataire jusqu'au 18 septembre 1998, puis, le 8 octobre 1998, il a prolongé ce délai jusqu'au 18 février 1999, et, le 22 juin 1999, il a homologué le concordat par abandon d'actifs proposé par S \_\_\_\_\_ SA, dont la raison sociale est devenue S \_\_\_\_\_ SA en liquidation concordataire.

Le 1<sup>er</sup> avril 1998, M. A \_\_\_\_\_ avait sous-loué, comme sous-bailleur, des dépôts et bureaux sis sur la parcelle précitée de la Société Immobilière C \_\_\_\_\_ à S \_\_\_\_\_ SA alors en sursis concordataire. Un avenant à ce contrat de sous-location avait été convenu le 4 mai 1999 entre M. A \_\_\_\_\_ et S \_\_\_\_\_ SA en sursis concordataire, représentée par les commissaires au sursis M. B \_\_\_\_\_ et M. K \_\_\_\_\_, nommés ensuite liquidateurs de S \_\_\_\_\_ SA en liquidation concordataire.

- B. S \_\_\_\_\_ SA en liquidation concordataire n'a pas payé les loyers afférents à la période de juillet 2000 à décembre 2002, pour un montant totalisant 252'152,50 fr., créance que le locataire et sous-bailleur M. A \_\_\_\_\_ a cédée le 8 novembre 2002 à sa bailleresse, la Société Immobilière C \_\_\_\_\_. Cette dernière indique avoir comptabilisé cette créance contre S \_\_\_\_\_ SA en liquidation concordataire sous une rubrique intitulé « passifs, crédits masse en liquidation ».

Le 6 décembre 2002, après - dit-elle - avoir vainement mis S \_\_\_\_\_ SA en liquidation concordataire en demeure de régler cette dette, la Société Immobilière C \_\_\_\_\_ a requis à son encontre une poursuite n° 02 xxxx73 B pour un montant de 252'152,50 fr. avec intérêts à 5 % dès le 5 décembre 2002. Cette poursuite s'est périmée, du fait que la Société Immobilière C \_\_\_\_\_ n'a pas entrepris les démarches judiciaires nécessaires à faire lever l'opposition formée au commandement de payer.

Le 19 juillet 2004, sur réquisition de la Société Immobilière C \_\_\_\_\_ donnant naissance à la poursuite n° 04 xxxx56 B pour le montant précité de 252'152,50 fr. avec intérêts à 5 % dès le 15 août 2001, l'Office des poursuites (ci-après : l'Office) a fait notifier un nouveau commandement de payer à S \_\_\_\_\_ SA en liquidation concordataire, qui a aussitôt fait opposition.

Par un jugement du 21 octobre 2004, le Tribunal de première instance a débouté la Société Immobilière C\_\_\_\_\_ des fins de sa requête de mainlevée provisoire. Toutefois, statuant le 17 février 2005 sur appel de la Société Immobilière C\_\_\_\_\_, la Cour de justice a annulé ce jugement, prononcé la mainlevée de l'opposition de S\_\_\_\_\_ SA en liquidation concordataire au commandement de payer n° 04 xxxx56 B et condamné cette dernière aux frais de la procédure comprenant 500 fr. de dépens en faveur de la Société Immobilière C\_\_\_\_\_.

Par demande déposée le 10 mars 2005 devant la Commission de conciliation en matière de baux et loyers, déclarée non conciliée à l'audience du 24 juin 2004 et introduite le 4 juillet 2005 devant le Tribunal des baux et loyers, S\_\_\_\_\_ SA en liquidation concordataire a assigné la Société Immobilière C\_\_\_\_\_ en libération de dette.

- C. Le 11 novembre 2005, la Société Immobilière C\_\_\_\_\_ a requis une saisie provisoire à l'encontre de S\_\_\_\_\_ SA en liquidation concordataire à concurrence de 252'152,50 fr. plus intérêts à 5 % dès le 15 août 2001.

Le 6 décembre 2005, l'Office a envoyé à S\_\_\_\_\_ SA en liquidation concordataire un avis de saisie en vue d'une saisie fixée au 16 décembre 2005, pour un montant de 308'053,25 fr. y compris intérêts et frais.

- D. Le 15 décembre 2005, S\_\_\_\_\_ SA en liquidation concordataire a saisi la Commission de céans d'une plainte contre cet avis de saisie, en faisant valoir qu'elle ne pouvait être poursuivie que par la voie de la faillite, pour une dette ne tombant au surplus pas sous les exceptions à ce mode de continuer la poursuite, et qu'elle avait introduit une action en libération de dette. Elle a conclu, à titre préalable, à l'octroi de l'effet suspensif et, principalement, à l'annulation de l'avis de saisie provisoire ainsi que de la saisie provisoire elle-même, et au renvoi le cas échéant de la Société Immobilière C\_\_\_\_\_ à mieux agir si elle s'y estime fondée.

- E. Par une ordonnance du 19 décembre 2005, la Commission de céans a accordé l'effet suspensif à cette plainte, enregistrée sous le n° A/4415/2005.

- F. Dans leur détermination respective du 9 janvier 2006, tant la Société Immobilière C\_\_\_\_\_ que l'Office ont conclu au rejet de la plainte, pour le motif que la dette faisant l'objet de la poursuite n° 04 xxxx56 B est une dette de masse de S\_\_\_\_\_ SA en liquidation concordataire, dont le recouvrement doit se faire par le biais d'une poursuite par voie de saisie, si bien qu'une saisie provisoire était possible et que l'avis de saisie attaqué était conforme au droit.

- G. Le 23 février 2006, la Société Immobilière C\_\_\_\_\_ a envoyé à la Commission de céans une copie d'un jugement du Tribunal des baux et loyers du 20 février 2006 admettant partiellement l'action en libération de dette de S\_\_\_\_\_ SA en liquidation concordataire, mais constatant que cette dernière doit à la Société Immobilière C\_\_\_\_\_ la somme de 239'124,10 fr. plus intérêts à 5 % dès le 1<sup>er</sup>

juillet 2001 et la somme de 1'240 fr. plus intérêts à 5 % dès le 18 juillet 2002, prononçant la mainlevée définitive au commandement de payer n° 04 xxxx56 B à hauteur desdits montants, et disant que la poursuite n° 04 xxxx56 B ira sa voie à concurrence desdits montants.

## EN DROIT

- 1.a. La Commission de céans est compétente pour connaître des plaintes dirigées contre des mesures prises par des organes de l'exécution forcée qui ne sont pas attaques par la voie judiciaire ou des plaintes fondées sur un prétendu déni de justice ou retard injustifié (art. 17 LP ; art. 10 al. 1 et art. 11 al. 2 LaLP ; art. 56R al. 3 LOJ).

L'avis de saisie constitue une mesure sujette à plainte, car il fait avancer la poursuite en cours en déployant des effets externes aux organes de l'exécution forcée agissant dans l'exercice de la puissance publique (DCSO/7/06 consid. 1 du 12 janvier 2006 ; DCSO/790/05 consid. 3.a du 22 décembre 2005 ; DCSO/456/03 consid. 5.b du 20 octobre 2003 ; l'avis contraire non motivé de Pauline Erard, in CR-LP, ad art. 17 n° 15, n'est pas étayé par l'ATF qui cite cet auteur, soit l'ATF 116 III 91 consid. 1, dans lequel il est fait mention d'une déclaration d'ordre général, d'une communication d'un Office sur ses intentions ou d'un avis). L'avis de saisie représente d'autant plus une mesure attaquable au sens de l'art. 17 al. 1 LP qu'il traduit le choix que l'Office fait du mode de continuation de la poursuite, et c'est précisément ce choix qui est contesté en l'espèce. Cette contestation-ci est bien, matériellement parler, du ressort de la Commission de céans, quand bien même elle suppose de qualifier la dette faisant l'objet de la poursuite considérée (consid. 2.b).

- 1.b. En tant que poursuivie, la plaignante a qualité pour attaquer l'avis de saisie.

Elle l'a fait en temps utile (art. 17 al. 2 LP), au surplus par un acte satisfaisant aux exigences de forme et de contenu prescrites par la loi (art. 13 al. 1 et 2 LaLP).

- 1.c. La présente plainte sera donc déclarée recevable.

- 2.a. Selon l'art. 310 al. 2 LP, les dettes contractées pendant le sursis, avec l'assentiment du commissaire, constituent des dettes de la masse dans un concordat par abandon d'actif ou dans une faillite subséquente.

Du moins en matière de faillite, la jurisprudence considère que la qualification d'une prétention comme dette de masse ou dette de faillite n'est en principe pas du ressort des autorités de surveillance, mais, suivant la nature de la prétention considérée, du juge civil ou des autorités puis des juridictions administratives (ATF 107 Ib 303 ; ATF 106 III 118 ; DCSO/245/04 consid. 2 du 24 juin 2004 ; Nicolas Jeandin / Niki Casonato, in CR-LP, ad art. 262 n° 12 ; Pierre-Robert

Gilliéron, Commentaire, ad art. 245 n° 25 et ad art. 262 n° 21 ss ; Dieter Hierholzer, in SchKG III, ad art. 245 n° 8 ; Matthias Stahelin, in SchKG III, ad art. 262 n° 32 ss ; cf. ATF 120 III 153 consid. 2b *in initio* = JdT 1997 II 74).

La Commission de céans a fait référence à cette jurisprudence, tout en relevant que la position consistant à nier à l'administration de la faillite et, sur plainte, aux autorités de surveillance la compétence de qualifier une prétention d'obligation du failli (dette de faillite) ou d'obligation de la masse (dette de masse) peut générer des complications et faire reposer sur des instances judiciaires civiles ou des autorités et des juridictions administratives la détermination d'une question qu'elles n'ont pas forcément vocation à trancher elles-mêmes, surtout si l'existence et le montant de la dette ne sont pas contestés, ladite qualification étant alors décisive surtout pour l'application du droit de l'exécution forcée (DCSO/241/05 du 26 avril 2005 ; DCSO/226/05 du 7 avril 2005 ; DCSO/4/05 consid. 5.b du 13 janvier 2005 ; cf. Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 262 n° 21 ss, not. 25 s., sur l'évolution de la jurisprudence sur la question).

La qualification d'une prétention peut certes dépendre étroitement de questions matérielles, auquel cas l'administration de la faillite doit impartir aux intéressés un délai pour vider la contestation devant les autorités compétentes, en ouvrant au besoin action contre la masse, sous peine de ne pas tenir compte de la prétention contestée (cf. ATF 7B.73/2005 du 12 août 2005 consid. 2 sur la qualification d'une facture de TVA). Dans d'autres cas, en revanche, les autorités compétentes sur le fond n'ont à se prononcer sur la qualification de dette de faillite ou de dette de masse guère que préjudiciellement et implicitement, dans l'examen de questions de recevabilité, en particulier celui des qualités pas forcément litigieuses devant elles de parties aux dites procédures en tant que demanderesse ou défenderesse ou recourante ou intimée ; il peut alors devenir artificiel de dénier à l'administration de la faillite et, sur plainte, aux autorités de surveillance la compétence d'examiner ladite question, le cas échéant à titre préjudiciel (cf. ATF 120 III 153 consid. 2b *in initio* = JdT 1997 II 74, où la Chambre des poursuites et des faillites du Tribunal fédéral a dit qu'elle ne pouvait trancher elle-même « la question de la nature de la dette en jeu, son examen se restreignant aux éventuels litiges portant sur l'interprétation des décisions au fond rendues par les autorités compétentes », tout en relevant que le point de vue de l'office considéré et des autorités cantonales de surveillance sur le sort de la dette en cause était conforme à la jurisprudence et à la doctrine et en jugeant qu'il était justifié de mentionner l'impôt litigieux, dans le compte des frais et tableau de distribution des deniers, sous la rubrique « dettes de la masse » ; Nicolas Jeandin / Niki Casonato, in CR-LP, ad art. 262 n° 12 *in medio*).

- 2.b. En l'espèce, la résolution du litige portant sur le mode de continuer la poursuite considérée dépend du point de savoir si la dette de loyer faisant l'objet de cette dernière est une dette de masse, dès lors que de telles dettes se recouvrent par la voie de la poursuite par voie de saisie (consid. 3).

La Commission de céans s'estime compétente pour statuer à ce propos, non seulement parce que des tribunaux civils ont rendu des décisions sur la créance considérée, mais déjà parce que le litige précité - celui de la détermination du mode de continuer cette poursuite - est fondamentalement de son ressort, avec l'effet qu'elle a aussi la compétence préjudicielle de qualifier la dette.

- 2.c. La plaignante a été admise comme partie, dans le rôle de débitrice, aux procédures ayant abouti, en procédure de mainlevée d'opposition, au jugement du Tribunal de première instance du 21 octobre 2004 puis à l'arrêt de la Cour de justice du 17 février 2005 et, sur action en libération de dette, au jugement du Tribunal de première instance du 20 février 2006. Ces décisions judiciaires ne discutent certes pas explicitement la question de la qualification de la dette considérée comme dette de masse. Tout en mentionnant la raison sociale complète de la plaignante (avec les mots « en liquidation concordataire ») sur sa première page, le jugement du Tribunal de première instance rendu le 20 février 2006 sur action en libération de dette ne parle même ensuite plus que de S \_\_\_\_\_ SA, sans les mots « en liquidation concordataire », tant dans sa partie « En fait » et ses considérants que même dans son dispositif, qui constate ainsi que S \_\_\_\_\_ SA doit à la Société Immobilière C \_\_\_\_\_ la somme de 239'124,10 fr. plus intérêts à 5 % dès le 1<sup>er</sup> juillet 2001 et la somme de 1'240 fr. plus intérêts à 5 % dès le 18 juillet 2002, prononce la mainlevée définitive au commandement de payer n° 04 xxxx56 B à hauteur desdits montants, et dit que la poursuite n° 04 xxxx56 B ira sa voie à concurrence desdits montants. C'est toutefois bien dans le sens d'une dette de masse que ladite dette doit être comprise dans ces décisions judiciaires.

Au demeurant, la créance faisant l'objet de la poursuite se fonde sur un contrat de sous-location conclu le 1<sup>er</sup> avril 1998, soit une dizaine de jours après que la sous-locataire ici plaignante avait obtenu un sursis concordataire. S'il ne résulte pas du dossier que les commissaires au sursis auraient alors donné formellement leur assentiment à la conclusion de ce sous-bail, il appert qu'ils l'ont ratifiée postérieurement, à tout le moins en acceptant l'utilisation des locaux considérés par la plaignante alors en sursis concordataire, puis en approuvant la signature d'un avenant audit contrat de sous-bail, le 4 mai 1999, quelques semaines avant l'homologation du concordat par abandon d'actif. Au surplus, ladite créance concerne des loyers afférents à la période de juillet 2000 à décembre 2002, postérieure à l'homologation du sursis.

- 2.d. La Commission de céans retient donc que la créance faisant l'objet de la poursuite considérée en l'espèce représente une dette de masse de la plaignante.
- 3.a. Cette qualification implique, sur le fond, qu'une telle dette soit payée sur le produit de l'actif général abandonné par la concordataire et réalisé avant toute distribution aux intervenants colloqués (Hans Ulrich Hardmeier, in SchKG III, ad art. 310 n° 19), et, s'agissant du mode de recouvrer cette créance à défaut de paiement, que le créancier, auquel le concordat n'est pas opposable pour une telle

prétention, doit entamer et mener à terme une poursuite par voie de saisie (ATF 126 III 294 ; Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 310 n° 31 s. ; Sylvain Marchand, in CR-LP, ad art. 310 n° 52 s. ; Carl Jaeger / Hans Ulrich Walder / Thomas M. Kull / Martin Kottmann, SchKG, 4<sup>ème</sup> éd. 1997, ad art. 310 n° 37).

L'art. 83 al. 1 LP n'y change rien. Du moins pour une telle dette de masse, la masse concordataire n'a pas, au sens de cette disposition, une qualité la soustrayant à une saisie provisoire et l'exposant à un inventaire de ses biens sur ordre du juge de la faillite.

C'est donc à bon droit que la bailleresse cessionnaire de la créance de loyer considérée a requis la continuation par voie de saisie de la poursuite qu'elle avait entamée contre la plaignante et que, de son côté, l'Office, acceptant ce mode de continuer ladite poursuite, a envoyé un avis de saisie à la plaignante. La présente plainte sera donc rejetée.

- 3.b. Bien que l'avis de saisie attaqué ne le précisait pas explicitement, il tendait à l'exécution d'une saisie provisoire, car seule la mainlevée provisoire de l'opposition avait alors été accordée (art. 83 al. 1 LP).

A ce jour, sur action en libération de dette de la plaignante, le Tribunal des baux et loyers a prononcé la mainlevée définitive au commandement de payer considéré à hauteur de 239'124,10 fr. plus intérêts à 5 % dès le 1<sup>er</sup> juillet 2001 et de 1'240 fr. plus intérêts à 5 % dès le 18 juillet 2002. Ce jugement étant cependant tout récent, il n'est pas acquis qu'il est définitif.

Quoi qu'il en soit, il incombe à l'Office, compte tenu du fait que l'effet suspensif a été accordé à la présente plainte, d'envoyer un nouvel avis de saisie à la plaignante en vue d'une saisie qui sera soit provisoire soit définitive selon que ledit jugement sera devenu ou non définitif, et de prendre note, y compris sur le nouvel avis de avis de saisie à envoyer, du montant à hauteur duquel une saisie (provisoire ou non) pourra intervenir (art. 97 al. 2 LP).

4. La procédure de plainte est gratuite (art. 20a al. 1 phr. 1 LP ; art. 61 al. 2 let. a OELP). Il ne peut être alloué aucun dépens (art. 62 al. 2 OELP).

\* \* \* \* \*

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

**A la forme :**

1. Déclare recevable la plainte A/4415/2005 formée le 15 décembre 2005 par **S\_\_\_\_\_ SA en liquidation concordataire** contre l'avis de saisie que l'Office des poursuites lui a envoyé le 7 décembre 2005 dans la poursuite n° 04 xxxx56 D intentée par la Société Immobilière C\_\_\_\_\_.

**Au fond :**

2. La rejette.
3. Invite l'Office des poursuites à procéder avec diligence au sens du considérant 3.b.
4. Déboute les parties de toute autre conclusion.

**Siégeant :** M. Raphaël MARTIN, président ; MM. Christian CHAVAZ et Denis MATHEY, juges assesseurs.

Au nom de la Commission de surveillance :

Cendy RENAUD  
Commise-greffière :

Raphaël MARTIN  
Le président :

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