



POUVOIR JUDICIAIRE

A/465/2013-CS

DCSO/85/2013

DECISION

DE LA COUR DE JUSTICE

**Chambre de surveillance
des Offices des poursuites et faillites**

DU JEUDI 4 AVRIL 2013

Plainte 17 LP (A/465/2013-CS) formée en date du 8 février 2013 par **M. B_____**,
élisant domicile en l'étude de Me Jean-Charles SOMMER, avocat.

* * * * *

Décision communiquée par courrier A à l'Office concerné
et par plis recommandés du greffier du 8 avril 2013
à :

- **M. B_____**
c/o Me Jean-Charles SOMMER, avocat
Place Longemalle 16
Case postale 3407
1211 Genève 3.
 - **Masse en faillite de Z_____ Srl**
p.a. Office des faillites
Chemin de la Marbrerie 13
Case postale 1856
1227 Carouge.
 - **Mme M_____**, prise en sa qualité d'héritière de feu
M. S_____
c/o Me Serge PATEK, avocat
Boulevard Helvétique 6
1205 Genève.
-

EN FAIT

- A. a.** Le 4 avril 1995, la SOCIÉTÉ IMMOBILIÈRE G _____ SA, représentée par l'agence immobilière B _____ SA, a conclu avec M. B _____ un contrat de bail à loyer pour locaux commerciaux portant sur une arcade d'environ 71 m², ainsi que sur une surface à droite de l'entrée de l'immeuble sis x, Place B _____, à Genève.

Le contrat a été conclu pour une durée initiale de 5 ans, soit du 1^{er} octobre 1995 au 30 septembre 2000, avec clause de renouvellement tacite de 5 ans en 5 ans.

Les locaux étaient destinés à l'exploitation d'un café-restaurant.

Un autre contrat de bail à loyer portant sur un appartement de 3,5 pièces au 1^{er} étage de l'immeuble en cause, destiné à l'habitation privée d'un employé du locataire, avait antérieurement été conclu entre les parties. Ce contrat prévoyait une durée initiale d'un an, du 1^{er} septembre 1991 au 31 août 1992, avec clause de reconduction tacite d'année en année.

- b.** Le 28 septembre 2000, M. B _____ a conclu un contrat de gérance libre avec la société M _____ Sàrl en formation portant sur l'arcade – entièrement équipée – et l'appartement précités.

Ce contrat a été conclu pour une durée initiale de 2 ans, soit du 1^{er} octobre 2000 au 30 septembre 2002, avec clause de reconduction tacite d'année en année, sauf résiliation par lettre recommandée 6 mois avant son échéance.

La société M _____ Sàrl était chargée de la gérance du café-restaurant "T _____". Selon l'art. 5 du contrat, les "mobilier, matériel, agencement et installations garnissant les locaux confiés en gérance libre (...) resteront propriété exclusive de M. B _____, et devront être entretenus avec soin par la société M _____ Sàrl en formation".

La société M _____ Sàrl est par la suite devenue Z _____ Sàrl.

- c.** Le 11 avril 2005, M. S _____, représenté par B _____ SA, a conclu avec M. B _____ un nouveau contrat de bail à loyer pour locaux commerciaux portant sur l'arcade susmentionnée, toujours destinée à l'exploitation d'un café-restaurant. Ce nouveau bail annulait et remplaçait celui conclu le 4 avril 1995.

Le contrat a été conclu pour une durée de 5 ans, soit du 1^{er} octobre 2005 au 30 septembre 2010, avec clause de reconduction tacite d'année en année.

- d.** Par avis officiel du 24 août 2009, M. S _____ a résilié le contrat de bail à loyer pour locaux commerciaux qui le liait à M. B _____ pour le

30 septembre 2010, au motif que ce dernier n'exploitait pas personnellement les locaux depuis de nombreuses années. Le même jour et pour le même motif, le bail relatif à l'appartement de 3,5 pièces a été résilié pour le 31 août 2010.

M. B_____ a contesté lesdits congés par acte expédié le 18 septembre 2009 à la Commission de conciliation en matière de baux et loyers (causes C/20870/2009 et C/20871/2009).

Au terme d'une audience de conciliation qui s'est tenue le 3 mars 2010, les parties ont convenu de ce qui suit:

"Les congés sont acceptés pour le 31 août 2010. Une unique prolongation est accordée au 31 décembre 2012 étant précisé que les congés seront retirés si et pour autant que M. B_____ et son épouse exploitent personnellement "T_____", ceci au plus tard le 1^{er} janvier 2013.

De nouveaux baux seront conclus dès cette date entre les parties, autant pour l'établissement public que pour l'appartement de 3,5 pièces."

e. Par avis officiel du 30 juin 2010, M. B_____ a résilié le contrat de gérance libre qui le liait à la société Z_____ Sàrl pour le 31 décembre 2012, motif pris de la résiliation pour cette date des baux principaux portant sur l'arcade et l'appartement en cause.

La société Z_____ Sàrl n'a pas contesté cette résiliation.

f. M. S_____ est décédé le 27 août 2012 et sa fille, Mme M_____, a acquis par succession la propriété des locaux litigieux.

g. Par courrier du 20 septembre 2012, le conseil de M. B_____ a informé B_____ SA que la société Z_____ Sàrl n'avait pas contesté la résiliation du contrat de gérance libre pour le 31 décembre 2012 et qu'elle était apparemment prête à quitter les lieux pour cette date. Désireux de reprendre l'exploitation du café-restaurant "T_____", M. B_____ priait B_____ SA "d'examiner l'opportunité de lui communiquer un projet de bail".

h. Par courrier du 10 décembre 2012, le conseil de M. B_____ s'est adressé à celui de la société Z_____ Sàrl pour lui rappeler qu'un congé avait été notifié à cette dernière pour le 31 décembre 2012 et l'informer que M. B_____ serait présent au café-restaurant "T_____" le 31 décembre 2012 à 17h00 pour procéder à l'état des lieux de sortie et établir l'inventaire des marchandises.

Ce courrier a été transmis en copie à B_____ SA par pli du même jour, par lequel M. B_____ sollicitait derechef l'établissement d'un nouveau contrat au 1^{er} janvier 2013.

i. Par jugement du 13 décembre 2012 (JTPI/18219/2012), le Tribunal de première instance a prononcé la faillite sans poursuite préalable de la société Z_____ Sàrl.

j. Par courrier du 19 décembre 2012, le conseil de M. B_____ a informé l'Office des faillites (ci-après: l'Office) que son client était prêt à reprendre l'exploitation du café-restaurant "T_____" dès le 1^{er} janvier 2013. Il le priait en conséquence de fermer cet établissement et de poser des scellés afin d'éviter que du matériel ou de l'ameublement, propriété de son client, ne disparaissent. Il sollicitait en outre que les clés lui soient remises dès réception de son courrier. Annexant un avis officiel, il informait l'Office que son courrier valait résiliation de bail, pour juste motif, avec effet immédiat, vis-à-vis de la masse en faillite.

Audit courrier étaient notamment joints le procès-verbal de l'audience de conciliation du 3 mars 2010, ainsi que le contrat de gérance libre conclu le 28 septembre 2000 avec M_____ Sàrl en formation, devenue Z_____ Sàrl.

k. Par courrier recommandé du 20 décembre 2012, M. B_____ a confirmé à B_____ SA qu'il remplissait les conditions pour exploiter personnellement le café-restaurant "T_____" au 1^{er} janvier 2013. Il priait ainsi B_____ SA d'établir un nouveau bail pour ledit établissement et l'appartement de 3,5 pièces situé au 1^{er} étage de l'immeuble en cause, conformément au procès-verbal de conciliation du 3 mars 2010.

l. Par courrier du 4 janvier 2013, B_____ SA a répondu au conseil de M. B_____ que ce dernier et son épouse ne respectaient pas les termes de l'accord conclu le 3 mars 2010 puisqu'ils n'exploitaient pas personnellement les locaux en cause et qu'ils ne disposaient pas des clés pour ce faire. De surcroît, la gérance mise en place par M. B_____ causait au propriétaire un préjudice qui risquait de s'aggraver. M. B_____ était dès lors informé que les congés notifiés pour le 31 août 2010 ne seraient pas retirés et qu'aucun nouveau bail ne serait conclu avec lui.

m. Le même jour, B_____ SA a également écrit à l'Office pour lui annoncer qu'elle s'opposait à la restitution des clés de l'arcade à tout tiers, à l'exception de Mme A_____, de son service contentieux, ou de l'un de ses administrateurs.

n. Par courrier du 7 janvier 2013, le conseil de M. B_____ a fait grief à B_____ SA de ne pas avoir accepté de conclure un nouveau bail au 1^{er} janvier 2013 avec son client. Ce nonobstant, ce dernier était prêt à assumer les démarches nécessaires auprès de l'Office afin de retrouver la libre disposition des locaux et d'éviter ainsi tout dommage au propriétaire. B_____ SA était dès lors invitée à reconsidérer sa décision.

Par un courrier ultérieur, le conseil de M. B_____ a encore rappelé à B_____ SA que la société Z_____ Sàrl était prête à quitter les lieux le 31 décembre 2012, que M. B_____ est détenteur du certificat de cafetier, qu'il est domicilié en Suisse, que son casier judiciaire est vierge et que seul le bail qui devait être établi l'empêchait d'obtenir l'autorisation d'exploiter le café-restaurant "T_____".

o. Par courrier du 9 janvier 2013 adressé au conseil de M. B_____, B_____ SA a réitéré le refus du propriétaire de conclure un nouveau contrat de bail avec M. B_____.

p. Par courrier recommandé du 14 janvier 2013, le conseil de M. B_____ a mis en demeure B_____ SA de remettre un contrat de bail à son client dans un délai échéant le 18 janvier 2013 à 12h.

q. Par courrier recommandé du 30 janvier 2013, le conseil de M. B_____ a prié l'Office de restituer à son client les clés du café-restaurant "T_____".

r. Par courrier du 4 février 2013, constatant que le bail liant M. S_____ à M. B_____ avait pris fin le 31 décembre 2012, l'Office a informé le conseil de M. B_____ que, dès après établissement de l'inventaire, il restituerait les clés du café-restaurant "T_____ " au représentant du propriétaire, soit B_____ SA, conformément à la demande de cette dernière du 4 janvier 2013.

B. a. Par acte déposé le 8 février 2013 au greffe de la Cour de justice, M. B_____ a formé plainte contre la décision de l'Office du 4 février 2013, dont il demande l'annulation. Cela fait, il conclut, sous suite de dépens, à ce qu'il soit ordonné à l'Office de lui restituer les clés de l'arcade ainsi que de l'appartement litigieux.

A l'appui de ses conclusions, M. B_____ invoque l'accord intervenu le 3 mars 2010 devant la Commission de conciliation en matière de baux et loyers, alléguant avoir rempli tous les préalables pour obtenir l'exploitation du café-restaurant "T_____ ". Il ajoute n'être aucunement responsable de la faillite de la société Z_____ Sàrl, laquelle n'avait au demeurant pas contesté la résiliation du contrat de gérance libre pour le 31 décembre 2012 et avait admis devoir quitter les lieux à cette date. Il avait par ailleurs pris toutes les mesures afin de récupérer les clés et de mettre fin "pour justes motifs" au bail. Enfin, M. B_____ indique avoir payé le loyer pour les mois de janvier et février 2013 et relève qu'il est propriétaire aussi bien du matériel que du mobilier du café-restaurant et de l'appartement.

b. Dans son rapport du 1^{er} mars 2013, l'Office a conclu au rejet de la plainte, au motif principal que M. B_____ n'est plus locataire des locaux litigieux. Il expose en outre qu'après établissement de l'inventaire, il sera proposé à B_____

SA d'être nommée gardienne des actifs inventoriés et qu'en cas d'acceptation de cette proposition, les clés des locaux litigieux lui seront remises.

c. Dans ses observations du 1^{er} mars 2013, Mme M_____ a également conclu au rejet de la plainte. Selon elle, M. B_____ ne peut pas considérer avoir été en mesure d'exploiter personnellement les locaux litigieux le 1^{er} janvier 2013, dès lors que les effets de la résiliation du contrat de gérance libre le liant à la société Z_____ Sàrl sont reportés au 30 septembre 2013 en application de l'art. 266a al. 2 CO et que ladite société peut prétendre continuer à occuper les locaux jusqu'à cette date.

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 et 7 al. 1 LaLP) contre des mesures non attaquables par la voie judiciaire (art. 17 al. 1 LP).

La décision de l'Office de remettre les clés des locaux exploités par la faillie à la gardienne d'actifs qu'il aura désignée est une mesure sujette à plainte, que le plaignant, destinataire de celle-ci, a qualité pour contester par cette voie (cf. arrêt du Tribunal fédéral 7B.217/2006 du 12 avril 2007; DCSO/662/2006 du 15 novembre 2006; DCSO/194/2012 du 14 mai 2012).

1.2 La plainte contre une mesure de l'Office doit être déposée dans les dix jours suivant celui où le plaignant a eu connaissance de la décision attaquée (art. 17 al. 2 LP).

En l'espèce, formée le 8 février 2013 contre une décision rendue le 4 février 2013, la plainte l'a été en temps utile. Respectant pour le surplus les exigences de forme prescrites par la loi (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 à la forme.

2. **2.1** 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 sûreté énumérées à l'art. 223 LP (GILLIERON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, n. 6 ad art. 223 LP), en particulier la mise sous scellés des locaux et des dépendances, ainsi que le placement des meubles et des valeurs sous la garde de l'office (VOUILLOZ, in CR-LP, n. 1 ad art. 223 LP). 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 (VOUILLOZ, op. cit., n. 3 s. ad art. 223 LP; arrêt du Tribunal fédéral 7B.217/2006 précité, consid. 3.3; DCSO/458/2003 du 27 octobre 2003 consid. 4b et la référence citée).

2.2 L'Office n'a pas à pourvoir à la garde des choses qui ne sont pas détenues par le failli et dont un tiers, qui les détient, revendique la propriété ou la distraction en vertu d'un droit préférable, tant qu'il n'a pas été jugé que le droit patrimonial fait partie de la masse active (GILLIERON, op. cit., n. 16 et 35 ad art. 223 LP). Les objets détenus par un tiers qui les revendique ne sont donc pas soumis à la mainmise de l'office aussi longtemps que le juge n'a pas décidé qu'ils appartiennent à la masse; aussi l'office ne peut-il, de sa propre autorité, interdire au tiers de disposer des objets en sa possession et dont il revendique la propriété, ni l'en déposséder (ATF 90 III 18 consid. 1 = JdT 1964 II 8; 99 III 12 consid. 3 = JdT 1974 II 37). Toutefois, s'il existe un danger que le tiers aliène ces objets avant qu'il n'ait été décidé s'ils tombent ou non dans la masse, l'administration de la faillite ou les créanciers cessionnaires au sens de l'art. 260 LP peuvent requérir du juge les mesures provisionnelles propres à interdire au tiers de disposer du droit dont il revendique la distraction (ATF 99 III 12 précité, consid. 3 et 4; SJ 1988 p. 110 consid. 3a).

2.3 L'office dispose d'un large pouvoir d'appréciation en matière de mesures de sûreté. Par ailleurs, celles-ci peuvent devoir être modifiées au cours de la procédure de liquidation, car elles ont un caractère provisoire et doivent être adaptées aux circonstances du moment et bien entendu rectifiées si elles s'avèrent contre-productives ou erronées. L'autorité de surveillance revoit de telles mesures avec un plein pouvoir d'examen (DCSO/458/2003 précitée).

- 3.** En l'espèce, la décision querellée de l'Office est l'accessoire de celle de nommer, après établissement de l'inventaire, B_____ SA en qualité de gardienne des actifs inventoriés (cf. rapport de l'Office, ch. 5 et 6, p. 2). Il s'agit-là de l'une des mesures de sûreté visée par l'art. 223 LP. A teneur de la jurisprudence susrappelée, pour être conforme à cette disposition, la mesure considérée ne doit pas frapper d'indisponibilité les biens meubles se trouvant en possession d'un tiers qui en revendique la propriété, même si, de l'avis de l'Office, ces biens appartiennent au failli (cf. ATF 90 III 18 précité).

En l'occurrence, au moment de l'ouverture de la faillite le 13 décembre 2012, le plaignant était toujours à la fois locataire principal des locaux litigieux et (sous-)bailleur de la faillie aux termes du contrat de gérance libre, lequel doit être qualifié de contrat de bail à ferme non agricole (ATF 128 III 419 consid. 2.1; TF, SJ 2001 I p. 445 consid. 3a). Il n'était ainsi que possesseur médiate (et originaire) des biens meubles garnissant les locaux litigieux dont il est

propriétaire conformément à l'art. 5 du contrat de gérance libre (cf. LACHAT, Le bail à loyer, 2008, pp. 74 et 194; STEINAUER, Les droits réels, Tome I, 5^{ème} éd., 2012, n. 214 ss, p. 98). L'on ne se trouve donc pas dans l'hypothèse visée par les arrêts susmentionnés où le tiers revendiquant est possesseur immédiat des biens faisant l'objet de la mesure de sûreté. Quoi qu'il en soit, à supposer que le plaignant ait été en mesure d'exercer la maîtrise de fait sur les biens en cause sans le concours de la faillie, cela n'aurait pas empêché l'Office de prendre la mesure querellée. En effet, selon le Tribunal fédéral, la copossession par le failli suffit à justifier une mise sous main de justice conformément à l'art. 223 LP (ATF 116 III 32 consid. 2, JdT 1992 II 72). Dès lors, si tant est que le grief soit suffisamment motivé, l'invocation par le plaignant de son droit de propriété sur les biens meubles garnissant les locaux litigieux ne lui est d'aucun secours.

Il s'ensuit que la décision de l'Office apparaît conforme à l'art. 223 LP. Elle est, qui plus est, opportune. En effet, si B_____ SA n'était pas nommée gardienne d'actifs et que les clés des locaux litigieux ne lui étaient pas remises, la propriétaire desdits locaux subirait un dommage du fait que, postérieurement au prononcé de la faillite et alors que le contrat de gérance de la faillie était arrivé à terme, elle n'a pu louer les locaux à un tiers et encaisser des loyers. L'Office n'a donc pas abusé de son pouvoir d'appréciation ni agi à l'encontre des intérêts de la masse en prenant la décision entreprise.

Il sera pour le surplus relevé que la mesure conservatoire querellée n'a aucune incidence sur la question de fond soulevée principalement par le plaignant – qui touche au droit à la jouissance des locaux –, ni sur celle des conséquences de la restitution des clés au gardien d'actifs, soit d'éventuels dommages-intérêts, questions qui ne relèvent pas de la compétence de l'Office ou de la Chambre de céans (arrêt du Tribunal fédéral 7B.217/2006 précité, consid. 3.3; DCSO/662/2006 consid. 3.b; DCSO/509/2003 consid. 3).

Il suit de là que la plainte doit être rejetée dans la mesure de sa recevabilité.

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 aucun dépens dans cette procédure (art. 62 al. 2 OELP).

* * * * *

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

Rejette dans la mesure de sa recevabilité la plainte formée le 8 février 2013 par M. B_____ contre la décision de l'Office des faillites rendue le 4 février 2013 dans le cadre de la faillite de la société Z_____ Sàrl (faillite n° 2012 xxxxx3 K / OFA5).

Siégeant :

Monsieur Grégory BOVEY, président; Monsieur Christian CHAVAZ et Monsieur Philipp GANZONI, juges assesseurs; Madame Véronique PISCETTA, greffière.

Le président :

Grégory BOVEY

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.