



POUVOIR JUDICIAIRE

DCSO/140/08

DÉCISION

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

DU JEUDI 10 AVRIL 2008

Cause A/651/2008, plainte 17 LP formée le 29 février 2008 par M. K_____, élisant domicile en l'étude de Me S_____, avocat, à Genève.

Décision communiquée à :

- M. K_____
- domicile élu : Etude de Me S_____, avocat

- M_____

- **Office des poursuites**

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. Dans le cadre d'une poursuite n° 07 xxxx96 M dirigée par M. _____ contre M. K. _____, en recouvrement de 1'250 fr. plus intérêts à 5 % dès le 16 mai 2007 et de 120 fr., au titre, respectivement, de participation 2006 et primes 01. 03. 07 LAMal et de frais de sommation, l'Office des poursuites (ci-après : l'Office), requis de continuer la poursuite le 16 juillet 2007, a fait notifier au prénommé une commination de faillite en date du 10 août 2007.

Par jugement du 6 février 2008, le Tribunal de première instance a déclaré M. K. _____ en état de faillite.

Par requête déposée le 11 février 2008, le précité a interjeté appel contre ce jugement auprès de la Cour de justice. L'effet suspensif sollicité a été refusé et la cause est actuellement pendante devant cette juridiction.

- B. Par acte posté le 29 février 2008, M. K. _____ a formé plainte, assortie d'une demande d'effet suspensif, et conclu à l'annulation de la poursuite n° 07 xxxx96 M. Il expose qu'il n'est pas sujet à la voie de la poursuite par voie de faillite et que le Registre du commerce a omis de radier son inscription, en qualité de titulaire d'une entreprise individuelle, malgré la demande de son conseil formulée par courrier du 26 novembre 2007. M. K. _____ produit un jugement rendu par le Tribunal de première instance le 8 août 1997 prononçant la clôture de sa faillite, déclarée le 8 avril 1997, dont il ressort qu'il a été communiqué à l'Office, au Registre foncier et au Registre du commerce le 11 août 1997.

Par ordonnance du 4 mars 2008, la Commission de céans a accordé l'effet suspensif à la plainte.

Le 14 mars 2008, M. K. _____ a transmis à la Commission de céans un extrait du Registre du commerce mentionnant la radiation de son inscription, en qualité de chef de la raison individuelle "K. _____", le 25 janvier 2008, date de la publication dans la FOOSC.

Dans son rapport du 20 mars 2008, l'Office relève tout d'abord que la plainte, qui pose implicitement la question de la nullité de la commination de faillite, ne peut tendre qu'à la constatation de la nullité de cet acte et non de la poursuite elle-même. Sur le fond, il rappelle la jurisprudence du Tribunal fédéral et de la Commission de céans selon laquelle les autorités de poursuites n'ont pas à examiner si les inscriptions ou radiations opérées au Registre du commerce sont justifiées ou non, partant que c'est à bon droit qu'il a fait notifier une commination de faillite à M. K. _____, inscrit audit Registre lors du dépôt de la réquisition de

continuer la poursuite. L'Office conclut à l'irrecevabilité de la plainte en tant qu'elle vise l'annulation de la poursuite et, pour le surplus, à son rejet.

Invitée à se déterminer, M_____ a déclaré qu'elle n'avait aucune observations à formuler.

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). 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). Toutefois, lorsque le plaignant invoque la nullité absolue d'un acte de poursuite, la plainte est recevable en tout temps (cf. art. 22 al. 1 LP).
- 1.b. Le mode de continuer la poursuite est prescrit dans l'intérêt public et dans l'intérêt des personnes non parties à une procédure d'exécution forcée pendante, si bien que la violation des dispositions impératives qui le régissent, en particulier de l'art. 39 LP, constitue un motif de nullité, à constater en tout temps (art. 22 LP ; Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 39 n° 18 ; Domenico Acocella, in SchKG I, ad art. 39 n° 5 ; Dominique Rigot, in CR-LP, ad art. 39 n° 8 ; Amonn / Fridolin Walther, Grundriss, 7^{ème} éd. 2003, § 9 n° 16 s. ; ATF 115 III 90, JdT 1992 II 16 ; BISchK 2007 145).

En l'espèce, le plaignant, qui affirme ne pas être sujet à la poursuite par voie de faillite, invoque une violation de la disposition précitée, soit un cas de nullité. En application de l'art. 22 al. 1 LP, la Commission de céans doit en conséquence entrer en matière indépendamment des conclusions prises dans la plainte, étant précisé que, le cas échéant, seule la commination de faillite sera nulle, les actes antérieurs de poursuite restant valables (Walter A. Stoffel, Voies d'exécution, § 9 n° 27 ; (Pauline Erard, in CR-LP, ad art. 20a n° 20 ; Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 20a n° 71 ; ATF 101 III 18 consid. 1, JdT 1976 II 104 et les références citées).

- 2.a. La poursuite se continue par voie de faillite lorsque le débiteur est inscrit au registre du commerce en l'une ou l'autre des qualités énumérées exhaustivement à l'art. 39 LP, en particulier en qualité de chef d'une raison individuelle (art. 39 al. 1 ch. 1 LP).

Les personnes physiques assujetties à la poursuite par voie de faillite en raison de leur inscription audit registre y sont soumises pour l'ensemble de leurs dettes, tant privées que commerciales ; elles répondent de ces dettes sur l'entier de leur

patrimoine (Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 39 n° 25 et les arrêts cités).

L'inscription prend date, pour le mode de poursuite, du lendemain de la publication dans la FOOSC (art. 39 al. 3 LP).

Les personnes qui étaient inscrites au registre du commerce et qui en ont été radiées demeurent sujettes à la poursuite par voie de faillite durant les six mois qui suivent la publication de leur radiation dans la FOOSC (art. 40 al. 1 LP; art. 932 al. 2 CO).

L'art. 43 LP prévoit des exceptions à l'assujettissement à la poursuite par voie de faillite, en considération de la nature de certaines prétentions à recouvrer, comme les impôts, amendes, contributions périodiques d'entretien.

- 2.b. Les autorités de poursuite n'ont pas à examiner si les inscriptions ou radiations opérées au registre du commerce sont justifiées ou non. Celui qui, au moment où la continuation de la poursuite est requise, est inscrit au registre du commerce en l'une des qualités énumérées à l'art. 39 LP est soumis à la poursuite par voie de faillite. Seules les indications contenues dans le registre du commerce sont déterminantes pour les autorités de poursuites (ATF 120 III 4 consid. 4, JdT 1996 II 126 ; DCSO/497/2007 du 25 octobre 2007 ; DCSO/172/2007 du 29 mars 2007 ; DCSO/731/2005 du 30 novembre 2005).
3. Dans le cas particulier, il est constant que le plaignant, dont l'inscription n'a été radiée que le 25 janvier 2008, date de la publication dans la FOOSC, était inscrit au Registre du commerce en qualité de chef d'une raison individuelle lorsque la poursuivante a requis la continuation de la poursuite le 16 juillet 2007. Il ne peut rien déduire en sa faveur de l'art. 40 al. 1 LP, lequel présuppose que la personne soumise à la poursuite par voie de faillite a été radiée du registre du commerce et que la radiation a été publiée dans la FOOSC.
4. Pour le surplus, il sied de relever que l'art. 206 al. 2 LP, qui précise que durant la liquidation de la faillite, les poursuites contre le failli sont admises lorsqu'elles tendent à l'exécution d'une créance née postérieurement à la déclaration de faillite et que, dans cette hypothèse, la poursuite doit se continuer par la voie de saisie ou de réalisation de gage, ne trouve pas application en l'espèce. Le but de cette disposition est, en effet, d'éviter les complications et difficultés qui résulteraient d'une nouvelle faillite ouverte avant que la première ne soit liquidée (Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 206 n° 29 ss et n° 45 et la jurisprudence citée).

Or, *in casu*, si la créance objet de la poursuite considérée est née postérieurement à la déclaration de faillite du 8 avril 1997, cette faillite a été clôturée selon jugement du 8 août 1997, soit il y a plus de dix ans.

Le principe selon lequel "*faillite sur faillite ne vaut*" n'est donc pas violé.

5. Il s'ensuit que c'est à bon droit que la poursuite contre le plaignant a été continuée par voie de faillite, sur la base de l'art. 39 al. 1 ch. 1 LP, aucune de exceptions prévues à l'art. 43 LP n'étant au demeurant réalisée, et que l'Office lui a fait notifier une commination de faillite.

La Commission de céans constatera la validité de cet acte et rejettera la plainte.

6. La présente décision sera communiquée pour information à la Cour de justice.

* * * * *

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

A la forme :

Déclare recevable la plainte formée le 29 février 2008 par M. K_____ contre la commination de faillite, poursuite n° 07 xxxx96 M.

Au fond :

1. La rejette.
2. Constate la validité de la commination de faillite, poursuite n° 07 xxxx96 M.
3. Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant : Mme Ariane WEYENETH, présidente ; MM. Philipp GANZONI et Etienne KISS-BORLASE, juges assesseurs.

Au nom de la Commission de surveillance :

Paulette DORMAN
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