

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
5A_106/2010

Arrêt du 26 mars 2010
Ile Cour de droit civil

Composition
Mme et MM. les Juges Hohl, Présidente,
Marazzi et Herrmann.
Greffier: M. Fellay.

Participants à la procédure

1. A. _____ SA,
 2. B. _____,
- recourantes,

contre

Office des faillites du canton de Genève,
intimé.

Objet
mesures de sûreté selon l'art. 223 LP,

recours contre la décision de la Commission de surveillance des offices des poursuites et des faillites
du canton de Genève du 21 janvier 2010.

Faits:

A.

Saisi par A. _____ SA d'un avis d'insolvabilité, le Tribunal de première instance du canton de Genève a, par jugement du 17 novembre 2009, prononcé la faillite de ladite société pour les motifs suivants: il résultait du bilan intermédiaire au 31 août 2008 et du compte de pertes et profits de l'exercice allant du 1er septembre 2008 au 31 août 2009 que celle-ci était surendettée et que son exploitation était déficitaire; la société n'avait par ailleurs fourni aucune garantie de couverture des charges pendant un éventuel ajournement de faillite, de sorte qu'une telle mesure ne pouvait être ordonnée, pas plus qu'un sursis concordataire, un tel sursis devant être révoqué lorsque la conservation du patrimoine n'est plus assurée (art. 925 al. 5 CO [recte: 295 al. 5 LP]).

Le 22 novembre 2009, B. _____, administratrice unique de la faillie, a fait part à l'office des faillites de l'imminence d'une « intéressante proposition de concordat par abandon d'actif », ayant « l'engagement d'un tiers [...] de fonder rapidement avec [elle] une Sàrl au capital entièrement libéré de 20'000 fr., qui reprendrait le patrimoine (actif et passif) de la SA en liquidation, après quelques arrangements sur les dettes ». Elle demandait à l'office de surseoir à la fermeture de son magasin qu'il lui avait annoncée le 20 novembre pour le 23 novembre 2009.

A cette dernière date, l'office a fermé l'arcade commerciale où se déployait l'activité de la faillie et a procédé au licenciement du personnel de celle-ci.

B.

Le 24 novembre 2009, la faillie et son administratrice ont déposé plainte contre ces mesures auprès de la Commission de surveillance des offices des poursuites et des faillites du canton de Genève, la requérant notamment de constater et dire que lesdites mesures étaient dénuées de tout fondement et de toute proportionnalité, qu'elles devaient être immédiatement interrompues et suspendues jusqu'à droit connu et que les préjudices matériels et moraux qu'elles avaient générés étaient à la charge de l'Etat. Les plaignantes sollicitaient également l'octroi d'un délai pour proposer aux créanciers un

concordat par abandon d'actif et le soumettre au juge. A leur avis, il aurait appartenu à l'office « d'examiner les offres de garanties, de les contrôler et de les transmettre aux créanciers, de telle sorte qu'un tel concordat puisse être négocié, présenté au juge et avalisé »; l'office aurait 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. Les plaignantes ont produit en particulier deux documents datés

du 22 novembre 2009, mais non signés par leurs destinataires, confirmant un accord passé entre l'administratrice et un tiers le matin même quant à la reprise du patrimoine de la faillie par une société à créer, dont le capital de 20'000 fr. serait libéré avant la fin de l'année par ledit tiers.

Par décision du 21 janvier 2010, la commission cantonale de surveillance a rejeté la plainte, en bref, pour les motifs suivants: le prétendu engagement du tiers de libérer le capital d'une société qui reprendrait les actifs et passifs ne ressortait d'aucune pièce; en outre, les plaignantes n'avaient pas présenté un projet de concordat, ni d'ailleurs fait l'avance de frais nécessaire à la tenue d'une assemblée des créanciers, laquelle ne pouvait au demeurant avoir lieu qu'une fois l'état de collocation établi (cf. art. 332 al. 1 LP, 84 [recte: 96] let. a OAOF); enfin, la référence à l'art. 170 LP était sans pertinence aucune, dès lors que cette disposition traitait de la compétence du juge de la faillite pour ordonner des mesures conservatoires avant l'audience de faillite et que les devoirs de l'office, dès communication du jugement de faillite, étaient régis par l'art. 221 LP.

C.

Le 4 février 2010, la faillie et son administratrice ont adressé au Tribunal fédéral un mémoire intitulé « recours en matière civile et recours de droit public » dans lequel elles invoquent, d'une part, la violation des art. 221 LP (prise d'inventaire), 223 LP (mesures de sûreté) et 332 al. 1 LP (concordat dans la faillite) et, d'autre part, la violation des art. 5 et 9 Cst. (principes de l'Etat de droit, de la bonne foi et de l'interdiction de l'arbitraire), 26 et 27 Cst. (propriété et liberté économique), 29 et 30 Cst. (garanties de procédure). Elles concluent principalement à l'annulation de la décision de la commission cantonale de surveillance et à ce qu'il soit prononcé « que la responsabilité du canton de Genève est engagée [à leur égard] (art. 5 LP) », provisoirement à ce que le dommage initial soit fixé à « 50'000 fr. pour le tort matériel de la SA (valeur du capital) et à 12'000 fr. pour le tort matériel et moral de l'administratrice (2 mois de salaire) » et, « au surplus », à ce qu'il soit ordonné « à l'instance cantonale d'évaluer et réparer tous les préjudices matériels et moraux subis dans cette affaire ».

Le dépôt de réponses n'a pas été requis.

Les recourantes ont sollicité l'octroi de l'assistance judiciaire.

Considérant en droit:

1.

1.1 Le recours s'en prend à une décision finale (art. 90 LTF) rendue en matière de poursuite pour dettes et de faillite (art. 72 al. 2 let. a LTF) par une autorité cantonale de surveillance de dernière instance (art. 75 al. 1 LTF). Il a en outre été interjeté dans le délai légal (art. 100 al. 2 let. a LTF) par des parties qui ont succombé dans leurs conclusions prises devant l'autorité précédente (art. 76 al. 1 LTF). Il est donc recevable en principe comme recours en matière civile, indépendamment de la valeur litigieuse (art. 74 al. 2 let. c LTF) et, cela étant, irrecevable comme recours en matière de droit public, plus exactement comme recours constitutionnel (art. 113 LTF).

1.2 Les chefs de conclusions nouveaux ne sont pas admis (art. 99 al. 2 LTF). Ainsi en va-t-il de la demande de fixation du « dommage initial » à 50'000 fr., respectivement 12'000 fr. Au demeurant, les conclusions tendant à la réparation du dommage par le canton ne peuvent être formulées que dans le cadre de l'action en responsabilité au sens de l'art. 5 LP, action qui relève de la compétence du juge et non de celle de l'autorité de surveillance (ATF 118 III 1 consid. 2b).

1.3 Saisi d'un recours en matière civile, le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF). Il ne peut s'en écarter que si ces faits ont été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (art. 105 al. 2 LTF), et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF). Le recourant qui entend invoquer que les faits ont été établis de manière manifestement inexacte (art. 97 al. 1 LTF), c'est-à-dire que les constatations de fait sont arbitraires au sens de l'art. 9 Cst. (ATF 133 II 249 consid. 1.2.2), doit démontrer par une argumentation précise en quoi consiste la violation. Le Tribunal fédéral n'examine en effet la violation de l'interdiction de l'arbitraire que si ce grief a été invoqué et

motivé par le recourant (art. 106 al. 2 LTF), c'est-à-dire s'il a été expressément soulevé et exposé de façon claire et détaillée (principe d'allégation; ATF 133 IV 286 consid. 1.4).

Les recourantes apportent quelques brèves précisions concernant la nature de la requête au tribunal de première instance, la communication du jugement de faillite, l'avis de fermeture du magasin et le déroulement de la procédure. Elles se contentent là, toutefois, de simples affirmations qui ne répondent pas aux exigences de motivation susmentionnées. Au demeurant, une éventuelle correction ne serait à l'évidence pas susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF).

1.4 Le recours en matière civile peut être interjeté pour violation du droit fédéral (art. 95 let. a LTF), y compris le droit constitutionnel (ATF 134 III 379 consid. 1.2 p. 382). Le Tribunal fédéral applique ce droit d'office (art. 106 al. 1 LTF). Par exception à cette règle, il ne peut entrer en matière sur la violation d'un droit constitutionnel que si le grief a été invoqué et motivé de manière précise par la partie recourante (art. 106 al. 2 LTF; ATF 135 III 397 consid. 1.4 in fine).

2.

Aux termes de l'art. 221 LP, dès que l'office a reçu communication de l'ouverture de la faillite, il procède à l'inventaire des biens du failli et prend les mesures nécessaires pour leur conservation.

Les recourantes reprochent à l'autorité cantonale de surveillance d'avoir indûment assimilé les mesures de conservation de l'art. 221 LP à celles de l'art. 223 LP. Elles ont tort, car les mesures nécessaires pour la conservation des biens du failli que l'office est habilité à prendre en vertu de l'art. 221 LP sont d'abord celles que mentionne l'art. 223 LP (ATF 120 III 28 consid. 1b; FRANÇOIS VOUILLOZ, in Commentaire romand de la LP, n. 18 ad art. 221 LP).

L'office ordonne généralement, à ce titre, la suspension de l'exploitation professionnelle du failli; il doit immédiatement fermer et mettre sous scellés les locaux commerciaux, dépôts, magasins, ateliers, etc., à moins que l'entreprise ne puisse être administrée sous contrôle de l'office, lorsque, par exemple, il existe une perspective de transmettre l'ensemble de l'entreprise du failli (Vouilloz, op. cit., n. 2 et 3 ad art. 223 LP). En l'espèce, le prétendu engagement du tiers de libérer le capital (20'000 fr.) d'une société qui reprendrait les actifs et passifs de la faillie ne ressortait d'aucune pièce produite. C'est donc à bon droit que la commission cantonale de surveillance a confirmé la mise sous scellés de l'arcade dans laquelle la faillie exerçait son activité.

3.

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 (art. 332 al. 1 LP); en cas de liquidation sommaire (art. 231 LP), le failli doit faire l'avance des frais occasionnés par l'assemblée des créanciers à convoquer par l'office (art. 96 let. a OAO). La suspension de la procédure de réalisation en raison d'une proposition de concordat par le failli n'intervient de plein droit que dès l'acceptation du projet par l'assemblée des créanciers et jusqu'à l'homologation par l'autorité compétente; elle peut certes être ordonnée auparavant déjà par la première assemblée des créanciers (art. 238 al. 2 LP) ou par l'administration de la faillite en cas de procédure sommaire, mais à condition que les circonstances le justifient et que le failli offre des garanties positives pour l'aboutissement du concordat, le dépôt d'une proposition de concordat ne suffisant pas, à lui seul, à suspendre les mesures de réalisation en cours (ATF 120 III 94 consid. 2a et les références citées).

Contrairement à ce qu'affirment les recourantes, l'autorité précédente n'a pas méconnu la portée des dispositions de l'art. 332 al. 1 LP. Les conditions d'un concordat dans la faillite faisaient clairement défaut, dès lors qu'aucun projet de concordat digne de ce nom n'avait été présenté et que la faillie n'avait pas fait l'avance de frais nécessaire à la tenue d'une assemblée des créanciers.

4.

Faute d'être motivés conformément aux exigences requises (cf. consid. 1.4 ci-dessus), les griefs de violation des droits constitutionnels soulevés par les recourantes sont irrecevables.

5.

Il résulte de ce qui précède que le recours doit être rejeté dans la mesure de sa recevabilité.

L'échec prévisible des conclusions des recourantes commande le rejet de leur demande d'assistance judiciaire (art. 64 al. 1 LTF) et donc leur condamnation aux frais conformément à l'art. 66 al. 1 LTF.

Il n'y a pas lieu d'allouer des dépens.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.

Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

2.

La demande d'assistance judiciaire des recourantes est rejetée.

3.

Les frais judiciaires, par 1'500 fr., sont mis à la charge des recourantes, solidairement entre elles.

4.

Le présent arrêt est communiqué aux parties et à la Commission de surveillance des offices des poursuites et des faillites du canton de Genève.

Lausanne, le 26 mars 2010

Au nom de la IIe Cour de droit civil

du Tribunal fédéral suisse

La Présidente: Le Greffier:

Hohl Fellay