

Urteilkopf

130 III 481

61. Extrait de l'arrêt de la Chambre des poursuites et des faillites dans la cause Office des faillites de Genève et X. SA en liquidation (recours LP) 7B.32/2004 du 25 mai 2004

**Regeste (de):**

Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven; Konkurrenz zwischen einem auf Art. 230 Abs. 4 SchKG gestützten Begehren um Wiederaufnahme einer wegen der Konkurseröffnung aufgehobenen Betreibung auf Pfandverwertung und einem Begehren um Verwertung des Pfandes gemäss Art. 230a Abs. 2 SchKG.

Die vor der Konkurseröffnung eingeleiteten Betreibungen leben nach Einstellung des Konkurses wieder auf, d.h. nach der Veröffentlichung des Eintrages der Einstellung und des Schlusses des Konkursverfahrens mangels Aktiven im SHAB (E. 2.1).

Die Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven einer juristischen Person bedeutet nicht notwendigerweise das Ende des Verfahrens, wenn die Masse mit Pfandrechten belastete Vermögenswerte umfasst; in diesem Fall bleibt das Konkursamt zuständig, um die Spezialliquidation nach den aufeinander folgenden Regeln von Art. 230a Abs. 2-4 SchKG von Amtes wegen zu eröffnen und durchzuführen (E. 2.2 und 2.3).

Wenn ein Pfandgläubiger die Verwertung seines Pfandes gemäss Art. 230a Abs. 2 SchKG verlangt, darf der Konkurs nicht geschlossen werden (Art. 268 Abs. 2 SchKG) und kann die durch den Konkurs aufgehobene Betreibung auf Pfandverwertung noch nicht wiederaufleben; daher geht bei dieser Ausgangslage das Verfahren nach Art. 230a Abs. 2 SchKG demjenigen nach Art. 230 Abs. 4 SchKG vor (E. 3).

**Regeste (fr):**

Suspension de la faillite faute d'actif; concours entre une requête, fondée sur l'art. 230 al. 4 LP, de réactivation d'une poursuite en réalisation de gage éteinte par l'ouverture de la faillite et une requête de réalisation de gage selon l'art. 230a al. 2 LP.

Les poursuites engagées avant l'ouverture de la faillite renaissent après la suspension de celle-ci, c'est-à-dire après la publication de l'inscription de la suspension et de la clôture faute d'actif dans la FOSC (consid. 2.1).

La suspension faute d'actif de la faillite d'une personne morale ne signifie pas nécessairement la fin de la procédure si la masse comprend des valeurs grevées de droits de gage; dans ce cas, l'office des faillites reste compétent pour ouvrir d'office et gérer la liquidation spécifique en cascade prévue par l'art. 230a al. 2-4 LP (consid. 2.2 et 2.3).

Si un créancier gagiste requiert la réalisation de son gage conformément à l'art. 230a al. 2 LP, la faillite ne doit pas être clôturée (art. 268 al. 2 LP) et la poursuite en réalisation de gage éteinte par la faillite ne peut pas encore renaître; d'où la priorité, dans cette hypothèse, de la procédure de l'art. 230a al. 2 LP par rapport à celle de l'art. 230 al. 4 LP (consid. 3).

**Regesto (it):**

Sospensione della procedura di fallimento per mancanza di attivi; concorso fra una richiesta, fondata sull'art. 230 cpv. 4 LEF, di riattivazione di un'esecuzione in via di realizzazione del pegno cessata a causa della dichiarazione di fallimento e una richiesta di realizzazione del pegno ai sensi dell'art. 230a cpv. 2 LEF.

Le esecuzioni promosse prima della dichiarazione di fallimento riprendono il loro corso dopo la sospensione di quest'ultimo e cioè dopo la pubblicazione nel FUSC dell'iscrizione della sospensione e della chiusura del fallimento per mancanza di attivi (consid. 2.1).

La suspension per mancanza di attivi del fallimento di una persona giuridica non significa necessariamente la fine della procedura se la massa include beni gravati da diritti di pegno; in questo caso, l'ufficio fallimenti rimane competente per aprire d'ufficio e gestire la liquidazione specifica a cascata prevista dall'art. 230a cpv. 2-4 LEF (consid. 2.2 e 2.3).

Se un creditore pignoratorio domanda la realizzazione del suo pegno conformemente all'art. 230a cpv. 2 LEF, il fallimento non dev'essere chiuso (art. 268 cpv. 2 LEF) e l'esecuzione in via di realizzazione del pegno cessata a causa della dichiarazione di fallimento non può ancora riprendere il suo corso; da qui la priorità, in questa ipotesi, della procedura dell'art. 230a cpv. 2 LEF su quella dell'art. 230 cpv. 4 LEF (consid. 3).

Sachverhalt ab Seite 482

BGE 130 III 481 S. 482

A.

A.a Le 3 septembre 1998, Y. SA (ci-après: la créancière) a requis une poursuite en réalisation de gage immobilier à l'encontre de Z. sur la base d'une cédula hypothécaire désignant ce dernier comme codébiteur solidaire et grevant des lots PPE constitués sur la parcelle de la société X.

BGE 130 III 481 S. 483

Le commandement de payer a été notifié le 8 octobre 1998 à cette société, en sa qualité de propriétaire de l'immeuble, qui y a fait opposition, et le 12 du même mois au débiteur, qui n'y a pas fait opposition. L'opposition de la propriétaire a été levée provisoirement le 30 novembre de la même année. Le 12 mai 1999, la créancière a requis la vente des lots objet du gage.

A.b Le 28 mai 2001, le Tribunal de première instance de Genève a prononcé la faillite de la société propriétaire du gage, de sorte que la vente aux enchères des lots PPE, prévue pour le 30 mai 2002 dans le cadre de la poursuite en réalisation de gage, a dû être annulée. Le 10 juillet 2003, le tribunal a toutefois prononcé la suspension de la faillite en question faute d'actif (art. 230 al. 1 LP). Cette décision a été publiée dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) du 23 juillet 2003 avec mention d'un délai au 4 août 2003 pour faire l'avance des frais d'une liquidation, par 4'500 fr. (art. 230 al. 2 LP). Le 28 juillet 2003, l'Office des faillites de Genève a informé la créancière de la suspension de ladite faillite et lui a indiqué qu'elle avait le choix entre soit demander l'ouverture de la faillite en mode sommaire en effectuant l'avance de frais susmentionnée avant le 4 août 2003, soit demander l'application de l'art. 230a LP, soit faire réaliser son gage par l'office des poursuites en application de l'art. 230 al. 4 LP.

A.c Le 30 juillet 2003, l'administration fiscale cantonale, au bénéfice d'une hypothèque légale non inscrite pour l'impôt immobilier privilégié, a demandé l'application de l'art. 230a al. 2 LP. L'office des faillites en a informé la créancière le 14 août 2003, en lui signalant qu'il continuerait dès lors à traiter le dossier. La créancière lui a répondu que l'art. 230a al. 2 à 4 LP ne s'appliquait pas, mais qu'elle ne s'opposait pas à la réalisation du gage immobilier par l'office des faillites pour autant que cette réalisation se fasse dans les meilleurs délais. Par publication parue dans la Feuille d'avis officielle (FAO) du 27 août 2003, l'office des faillites a invité les créanciers de la faillie à produire jusqu'au 1er octobre 2003.

A.d Sur requête de l'office des faillites du 11 août 2003, le tribunal de première instance a, par jugement du 1er septembre 2003, prononcé la clôture de la faillite de la société propriétaire du gage. La radiation de cette dernière a été publiée dans la FOSC du 18 septembre

BGE 130 III 481 S. 484

2003, mais l'inscription y relative a été annulée au motif qu'elle avait été opérée à tort, selon publication parue dans la FOSC du 7 octobre 2003. Le 9 septembre 2003, la créancière a demandé à l'office des poursuites de réactiver sa poursuite en réalisation de gage conformément à l'art. 230 al. 4 LP et de fixer la date des enchères. Elle a également tenté d'obtenir que l'administration fiscale cantonale accepte une vente du gage par l'office des poursuites dans le cadre de ladite poursuite. Le 7 octobre 2003, l'office des faillites a considéré que la procédure de l'art. 230a LP demandée par l'administration fiscale cantonale était prioritaire.

B. La créancière a porté plainte auprès de la Commission cantonale de surveillance en lui demandant d'annuler la décision de l'office des faillites du 7 octobre 2003, d'ordonner l'annulation, aux frais de

celui-ci, de l'appel aux créanciers paru dans la FAO du 27 août 2003 et d'ordonner à l'office des poursuites de réactiver la procédure en réalisation de gage immobilier. Par décision du 12 février 2004, notifiée le 16 du même mois, la Commission cantonale de surveillance a admis la plainte et donc fait droit aux conclusions de la créancière.

C. Par acte du 26 février 2004, l'office des faillites et la faillie, représentée par ce dernier, ont recouru à la Chambre des poursuites et des faillites du Tribunal fédéral contre la décision de la Commission cantonale de surveillance. Ils l'ont requis d'annuler cette décision, d'inviter l'office des faillites à réaliser le gage immobilier en cause et de débouter les parties de toutes autres conclusions. Le Tribunal fédéral a admis le recours dans la mesure où il était recevable, annulé la décision attaquée et dit que le gage immobilier propriété de la société X. en liquidation devait être réalisé par l'office des faillites conformément à l'art. 230a al. 2 LP.

Erwägungen

Extrait des considérants:

2. Le problème soulevé dans le recours est celui du concours de deux requêtes de réalisation de gage consécutive à une suspension de faillite faute d'actif, l'une fondée sur l'art. 230 al. 4 LP (reviviscence d'une poursuite éteinte par l'ouverture de la faillite en vertu de l'art. 206 LP), l'autre sur l'art. 230a al. 2 LP (requête d'un créancier gagiste). Plus précisément, la question posée est celle de savoir laquelle des deux requêtes a la priorité sur l'autre.

BGE 130 III 481 S. 485

2.1 Selon l'art. 230 al. 4 LP, les poursuites engagées avant l'ouverture de la faillite renaissent après la suspension de celle-ci. Cette règle s'applique à tous les genres et tous les modes de poursuite, les procédures renaissant dans l'état où elles étaient lorsque la faillite a été ouverte (P.-R. GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, n. 55 ad art. 230 LP). Ainsi, lorsque les enchères fixées dans une poursuite en réalisation de gage immobilier ont été révoquées, comme en l'espèce, en raison de la faillite du propriétaire de l'immeuble, elles peuvent être fixées à nouveau après que la liquidation de la faillite a été suspendue faute d'actif et clôturée (ATF 120 III 141 et les arrêts cités). Par suspension de la faillite au sens de l'art. 230 al. 4 LP, il faut entendre la publication de l'inscription de la suspension et de la clôture faute d'actif dans la FOSC par les soins de l'Office fédéral du registre du commerce (art. 65 et 66 al. 2 ORC [RS 221.411]; art. 931 et 939 al. 3 CO; GILLIÉRON, op. cit., n. 53 ad art. 230 LP). En effet, bien que la faillite soit clôturée ipso facto à l'expiration du délai de dix jours prévu par l'art. 230 al. 2 LP - l'ordonnance de clôture rendue par le juge (art. 268 al. 2 LP) étant de nature déclaratoire (FRANÇOIS VOUILLOZ, La suspension de la faillite faute d'actif, in BISchK 2001 p. 43 et n. 8 avec les références) -, il n'apparaît pas opportun de fixer à ce moment la reviviscence des poursuites éteintes par l'ouverture de la faillite; cela parce que l'on ne sait pas alors si la liquidation de la faillite selon le mode sommaire ne va pas être opérée (art. 230 al. 2 LP) et qu'il ne faut pas inciter des poursuivants à requérir la continuation de poursuites qui ont recommencé à vivre mais qui ne peuvent pas être continuées si des droits patrimoniaux du failli, affectés au désintéressement des créanciers qui seront colloqués, doivent être réalisés par l'administration de la faillite (GILLIÉRON, *ibid.*).

2.2 Aux termes de l'art. 230a al. 2 LP, lorsque la masse d'une personne morale en faillite comprend des valeurs grevées de droits de gage et que la faillite a été suspendue faute d'actif, chaque créancier gagiste peut néanmoins exiger de l'office la réalisation de son gage. Cette procédure de liquidation spécifique doit toujours être ouverte d'office. En effet, dès qu'il a connaissance de l'existence de gages, l'office des faillites impartit un délai, généralement de dix à vingt jours, aux créanciers gagistes pour leur permettre d'exiger la réalisation de leurs gages (art. 230a al. 2 2e phrase LP; FRANCO LORANDI, Einstellung des Konkurses über juristische Personen

BGE 130 III 481 S. 486

mangels Aktiven, in PJA 1999 p. 42 let. C; VOUILLOZ, loc. cit., p. 47 let. A; URS LUSTENBERGER, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, n. 10 ad art. 230a LP). Déjà compétent lors de la suspension de la faillite, l'office des faillites reste compétent pour cette liquidation spécifique (LORANDI, loc. cit., p. 42 let. B; VOUILLOZ, loc. cit.; DOMINIK GASSER, Die Liquidation nach Artikel 230a SchKG, in Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel, Festschrift 75 Jahre Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz, Bâle 2000, p. 60; LUSTENBERGER, loc. cit.). Cette liquidation spécifique se déroule en cascade, soit: réalisation sur requête d'un créancier gagiste (art. 230a al. 2 LP); à défaut, cession à l'Etat (art. 230a al. 3 LP); en cas de refus de la cession, réalisation par l'office (art. 230a al. 4 LP). Aussi longtemps qu'ils n'ont pas renoncé à la réalisation de leur gage, les créanciers gagistes doivent choisir comme le prescrit l'art. 230a al. 2 LP; s'ils ne réagissent pas, l'office offre la cession des actifs à l'Etat ou réalise ceux-

ci conformément aux alinéas 3 et 4 de l'art. 230a LP, étant précisé que le créancier gagiste qui laisse expirer le délai fixé par l'office perd uniquement son droit de demander la réalisation du gage au sens de l'art. 230a LP, son droit de gage subsistant quelle que soit la suite donnée à la procédure (LORANDI, loc. cit., p. 41 et 42/43 let. C; VOUILLOZ, loc. cit., p. 52 et 54).

2.3 Il résulte donc de ce qui précède que la suspension faute d'actif de la faillite d'une personne morale ne signifie pas nécessairement la fin de la procédure; elle représente plutôt le passage obligé précédant une liquidation spécifique (VOUILLOZ, loc. cit., p. 46), régie par les règles de la faillite, plus précisément par celles de la procédure sommaire de l'art. 231 LP (LORANDI, loc. cit., p. 43 let. D; VOUILLOZ, loc. cit., p. 55; GASSER, op. cit., p. 61; LUSTENBERGER, loc. cit.), la réalisation de gage prévue à l'art. 230a al. 2 LP constituant ainsi une exécution spéciale menée dans le cadre d'une exécution générale (faillite) (LORANDI, loc. cit., p. 42 let. A; VOUILLOZ, loc. cit., p. 53 let. B et 55; GASSER, op. cit., p. 52).

3. Dans sa requête de clôture de la faillite du 11 août 2003, l'office des faillites s'est contenté de relever que les créanciers n'avaient pas requis la liquidation de la faillite et n'avaient pas effectué l'avance des frais dans le délai qu'il avait imparti (art. 230 al. 2 LP). Il n'a pas mentionné la demande de l'administration fiscale

BGE 130 III 481 S. 487

cantonale du 30 juillet 2003, tendant à l'application de l'art. 230a al. 2 LP, ni même le fait qu'il avait offert à la créancière la possibilité, entre autres, de demander elle-même l'application de l'art. 230a LP. Pour rendre son jugement du 1er septembre 2003 conformément à l'art. 268 al. 2 LP, le tribunal de première instance devait disposer de tous les actes (art. 92 al. 1 OAO [RS 281.32]), en particulier de la demande précitée d'application de l'art. 230a al. 2 LP. Au vu du dossier, il ne pouvait manquer de constater en tout cas que la masse en faillite comprenait des "valeurs grevées de droit de gage" (art. 230a al. 2 LP) devant donner lieu à l'ouverture, d'office, de la procédure en cascades prévue par l'art. 230a al. 2 à 4 LP. La procédure de liquidation n'ayant alors pas encore pris fin (cf. consid. 2.2 et 2.3), le tribunal de première instance ne pouvait en prononcer la clôture (cf. MATTHIAS STAEHELIN, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, n. 5 ad art. 268 LP). Si les autorités de surveillance ne sont évidemment pas habilitées à corriger ou annuler les décisions prises par la voie judiciaire (ATF 120 III 1), il leur incombe en revanche de tenir compte de leur irrégularité ou nullité éventuelle, qu'elles peuvent constater à titre préjudiciel, et de tirer les conséquences qui s'imposent pour la poursuite concernée (ATF 102 III 133 consid. 3 p. 137; ATF 101 III 1 consid. 3 p. 7/8 et les arrêts cités). Attendu que la procédure de liquidation en cause se poursuivait et ne pouvait être clôturée en l'état, contrairement à ce qu'a retenu le tribunal de première instance, la poursuite en réalisation de gage immobilier éteinte par la faillite n'avait pas encore pu renaître en vertu de l'art. 230 al. 4 LP (cf. consid. 2.1). C'est dès lors à juste titre que l'office des faillites a considéré qu'il devait continuer à traiter le dossier et que la procédure de l'art. 230a LP, dont l'application avait été expressément requise par une créancière gagiste, était prioritaire. Dans la mesure où il est recevable (consid. 1), le recours doit par conséquent être admis.