

# **GE\_GERICHTE DCSO/117/2017 vom 7. November 2016**

GE Cour de justice, 2016-11-07, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_DCSO\\_117\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_DCSO_117_2017)

FR: GE\_GERICHTE DCSO/117/2017 du 7 novembre 2016

IT: GE\_GERICHTE DCSO/117/2017 del 7 novembre 2016

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

La Chambre de surveillance est compétente pour statuer sur les plaintes formées en application de la LP (art. 13 al. 1 LP; art. 6 al. 1 et 3 et 7 al. 1 LaLP; art. 125 et 126 al. 1 let. a et al. 2 let. c LOJ) contre des mesures de l'Office non attaquables par la voie judiciaire (art. 17 al. 1 LP). La plainte doit être déposée, sous forme écrite et motivée (art. 9 al. 1 et 2 LaLP; art. 65 al. 1 et 2 LPA, applicable par renvoi de l'art. 9 al. 4 LaLP), dans un délai de dix jours à compter du moment où le plaignant a eu connaissance de la mesure (art. 17 al. 2 LP). Lorsque la mesure contestée a fait l'objet d'une communication écrite, au sens de l'art. 34 LP, le délai de dix jours commence à courir le lendemain de sa réception effective par le destinataire (art. 142 al. 1 CPC, applicable par renvoi de l'art. 31 LP).

### **E. 1.2**

En l'espèce, par décision du 24 octobre 2016, l'Office a annulé la notification du commandement de payer intervenue à la suite de la réquisition de poursuite en validation de la prise d'inventaire formée par la plaignante, et a considéré la poursuite comme nulle et de nul effet. Lésée dans ses intérêts par cette mesure, la plaignante est légitimée à contester cette décision. Sa plainte, écrite et motivée, a été formée dans les dix jours de celui où elle a eu connaissance de la mesure. Elle est donc recevable.

### **E. 1.3**

La réplique de la plaignante déposée au greffe de la Cour de justice quatre jours après la communication des observations de l'Office est également recevable, puisque déposée dans un délai raisonnable (arrêt du Tribunal fédéral 5A\_777/2011 du 7 février 2012 consid. 2.2).

## **E. 2**

L'Office des poursuites considère qu'en ne formant pas plainte contre la décision du 21 octobre 2016 (qui a rejeté la réquisition de poursuite en réalisation du gage mobilier), la plaignante est forclosée pour contester la prise d'inventaire et, par voie de conséquence, la décision du 24 octobre 2016 (qui annule la notification du commandement de payer et constate la nullité de la poursuite).

### **E. 2.1**

Déoulant directement de l'art. 9 Cst. et valant pour l'ensemble de l'activité étatique, le principe de la bonne foi protège le citoyen dans la confiance légitime qu'il met dans les assurances reçues des autorités, lorsqu'il a réglé sa conduite d'après des décisions, des déclarations ou un comportement déterminé de l'administration. Selon la jurisprudence, un renseignement ou une décision erronés de l'administration peuvent obliger celle-ci à consentir à un administré un avantage contraire à la réglementation en vigueur, à condition que (a) l'autorité soit intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes

déterminées, (b) qu'elle ait agi ou soit censée avoir agi dans les limites de ses compétences et (c) que l'administré n'ait pas pu se rendre compte immédiatement de l'inexactitude du renseignement obtenu. Il faut encore qu'il se soit fondé sur les assurances ou le

- 5/10 -

A/3818/2016-CS comportement dont il se prévaut pour (d) prendre des dispositions auxquelles il ne saurait renoncer sans subir de préjudice, et (e) que la réglementation n'ait pas changé depuis le moment où l'assurance a été donnée (ATF 131 II 627 consid. 6.1 et 129 I 161 consid. 4.1).

## **E. 2.2**

En l'espèce, les deux décisions notifiées à la plaignante les 21 et 24 octobre 2016 portent sur la même problématique, à savoir les conséquences de la confirmation par la juridiction supérieure de la faillite de la débitrice dans la poursuite en réalisation de gage introduite à son encontre dans l'intervalle. Dans la mesure toutefois où la première décision était expressément qualifiée de provisoire et que la seconde a été rendue trois jours après (et donc avant l'échéance du délai de dix jours pour porter plainte contre la première), la plaignante pouvait raisonnablement partir du principe que la seconde décision remplaçait la première. Ce d'autant plus que la première décision rejetait une réquisition de poursuite ayant déjà abouti à la notification d'un commandement de payer. Il faut donc admettre, sauf à décevoir la bonne foi de la plaignante, que sa plainte du 7 novembre 2016 suffisait à contester les mesures prises par l'Office relativement à la procédure de poursuite en réalisation du gage mobilier qu'elle a initiée, la confiance placée par la plaignante dans le comportement de l'Office des poursuites méritant d'être protégée.

Pour le surplus et contrairement à ce que soutient l'Office, la plaignante ne conteste pas la prise d'inventaire, dont elle a requis la validation dans les dix jours après la réception du procès-verbal (cf. application analogique de l'art. 276 LP; GILLIERON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, art. 271-352, 2003, n. 40 ad art. 283 LP). Au contraire, elle conteste l'annulation de cette poursuite en réalisation de gage mobilier.

## **E. 3**

Dans la mesure où la débitrice a obtenu l'effet suspensif à son recours dirigé contre le jugement de faillite et que l'arrêt de la Cour de justice est intervenu plus d'un an et demi après le prononcé de cette décision, il convient, avant de statuer sur le droit de rétention de la plaignante, de déterminer à quelle date la faillite a effectivement été prononcée.

### **E. 3.1**

La faillite est ouverte au moment où le jugement la prononce (art. 175 al. 1 LP). Le jugement constate ce moment (art. 175 al. 2 LP). La déclaration de faillite a des effets de droit matériel (les biens du failli constituent la masse active, art. 197 LP; le failli reste propriétaire des biens de la masse, malgré qu'il soit limité dans son pouvoir de disposer de l'art. 204 LP) et formel (ouverture de la procédure d'exécution forcée générale), qui exigent de la

- 6/10 -

A/3818/2016-CS précision du point de vue temporel et doivent être mis en œuvre diligemment (ATF 120 Ib 250, in JdT 1996 I 352). La décision du juge de la faillite peut faire l'objet d'un recours au sens des art. 319 ss CPC (art. 174 al. 1 LP). Selon les règles

générales régissant cette voie de droit, la décision contre laquelle le recours est ouvert acquiert force de chose jugée et devient exécutoire (art. 325 al. 1 CPC). Toutefois, l'instance de recours peut en suspendre le caractère exécutoire (art. 325 al. 2 CPC). Dès lors, la décision est exécutoire si elle est entrée en force et que le tribunal n'en a pas suspendu l'exécution (arrêt du Tribunal fédéral 5A\_866/2012 du 1er février 2013 consid. 4.1, in SJ 2013 I p. 314). L'art. 174 al. 3 LP constitue toutefois une *lex specialis* et s'applique en lieu et place de l'art. 325 ss CPC. Lorsque le juge décide d'ordonner l'effet suspensif, il peut non seulement empêcher l'exécution immédiate du jugement de faillite, en ce sens que l'office des faillites ne peut procéder à aucun autre acte d'exécution, mais, contrairement à l'art. 325 al. 2 CPC, également suspendre les effets juridiques de l'ouverture de la faillite, soit la force de chose jugée formelle de la décision attaquée (arrêt du Tribunal fédéral 5A\_92/2016 du 17 mars 2016 consid. 1.3.2.1).

### **E. 3.2**

En l'espèce, il ressort expressément de la décision du 13 février 2015 rendue par la Cour de justice sur effet suspensif, que seule la force exécutoire du recours dirigé contre la décision de faillite a été suspendue. Partant, cette décision n'a eu aucun effet sur le moment de l'ouverture de la faillite, lequel n'a notamment pas été différé à la date du prononcé de l'arrêt de la Cour de justice. C'est ainsi à juste titre que la publication de la faillite dans la FOSC indique que la déclaration de faillite remonte au 28 janvier 2015, date de prononcé du jugement de faillite par le Tribunal de première instance.

### **E. 4**

Le présent litige porte sur l'activation par la plaignante, conformément au droit de la poursuite, de son droit de gage légal, à savoir le droit de rétention sur les meubles qui se trouvent dans les locaux loués, après la déclaration de faillite de sa débitrice. La plaignante soutient être en droit de poursuivre sa débitrice en réalisation du gage mobilier, nonobstant le fait que ses créances de loyers soient nées plus de six mois après l'ouverture de la faillite.

#### **E. 4.1**

Le bailleur de locaux commerciaux a, pour garantie du loyer de l'année écoulée et du semestre courant, un droit de rétention sur les meubles qui se trouvent dans les locaux loués et qui servent soit à l'aménagement, soit à l'usage de ceux-ci (art. 268 al. 1 CO).

- 7/10 -

A/3818/2016-CS

Le droit de rétention ne garantit que les loyers de l'année écoulée et du semestre courant et, pour ce dernier, seulement si la créance est mise en péril. Le bailleur d'un local commercial ne peut modifier cette restriction en sa faveur car elle est semi-impérative (LACHAT, in Commentaire romand, Code des obligations I, 2ème éd. 2012, n. 3 et 10 ad art. 268-268b CO). Tant que dure le bail, le droit de rétention se renouvelle constamment en ce sens qu'il garantit toujours de nouveaux loyers et qu'il s'éteint automatiquement pour les créances antérieures, s'il n'est pas exercé (ATF 97 III 43 consid. 3; 72 II 364 consid. 3, in JdT 1947 I 444). Pour déterminer ce qui correspond, dans un cas particulier, au loyer de l'année écoulée et au loyer du semestre courant, la jurisprudence se fonde sur la date du dernier terme échu qui précède celle de la réquisition d'inventaire ou de l'ouverture de la faillite, sans distinguer suivant que le loyer est payable *praenumerando* ou *postnumerando*. Ainsi l'année écoulée est celle qui précède la fin de la dernière période de loyer et le semestre courant part du

premier jour de la période de loyer entamée mais non entièrement écoulee (ATF 97 III 43 consid. 3 et les arrêts cités; 72 II 364 précité).

#### **E. 4.2**

La faillite du débiteur entraîne l'extinction des poursuites dirigées contre lui, et aucune poursuite ne peut être exercée à son encontre durant la liquidation de la faillite pour des créances nées avant son ouverture (art. 206 al. 1, 1<sup>ère</sup> phrase LP). Font exception les poursuites tendant à la réalisation de gages appartenant à des tiers (art. 206 al. 1, 2<sup>ème</sup> phrase LP). Cette exception n'est toutefois pas applicable à la poursuite en réalisation de gage introduite par le bailleur commercial, conformément à l'art. 283 LP, afin de sauvegarder son droit de rétention: une telle poursuite s'éteint donc avec le prononcé de la faillite du locataire et il appartient au bailleur de produire sa créance dans la faillite, en invoquant son droit de rétention (ATF 124 III 215 consid. 1b, 1c et 2).

La faillite du locataire n'entraîne nullement la perte du droit de rétention dont bénéficie le bailleur, que celui-ci ait ou non concrétisé ce droit par une prise d'inventaire (ATF 124 III 215 précité consid. 2a; WEBER, in Basler Kommentar, Obligationenrecht I, HEINRICH/NEDIMPETER/WOLFGANG [éd.], 6<sup>ème</sup> éd. 2015, n. 12a ad art. 268-268b CO; BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, Le droit suisse du bail à loyer, Commentaire SVIT, 2011, n. 24a ad art. 268-268b CO).

#### **E. 4.3**

Les créances de loyer, pour lesquelles le débiteur est en demeure au moment de l'ouverture de la faillite, doivent être considérées comme étant nées avant l'ouverture de la faillite. Elles deviennent des créances de faillite (HIGI, Die Miete, in Zürcher Kommentar, 1995, n. 25 ad art. 266h CO; BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, op. cit., n. 22 ad art. 266h CO). Il faut en revanche considérer comme créances nées après l'ouverture de la faillite les loyers à échoir, c'est-à-dire ceux qui résultent de la continuation du bail avec le failli après l'ouverture de la faillite. Celles relatives aux baux de locaux commerciaux sont traitées comme des

- 8/10 -

A/3818/2016-CS créances de faillite dans la mesure du droit de rétention légal du bailleur (ATF 124 III 41 consid. 2b, in JdT 1999 II p. 114 et les références citées; BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, op. cit., n. 19a-19c ad art. 266h CO et les références citées).

Sous l'ancien droit de l'assainissement, une grande incertitude existait en pratique sur la façon de traiter les prétentions fondées sur un contrat de durée qui naissent après l'ouverture de la faillite (BÜRGI, in Kurzkommentar, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, HUNKELER [éd.], 2014, n. 32 ad art. 211a LP). Le droit de l'exécution forcée ne contenait en effet aucune règle prévoyant la dissolution d'office de ce type de contrat. Par conséquent, en cas d'insolvabilité (notamment en raison de faillite) les contrats de durée suivaient leur cours, ce qui pouvait rendre un assainissement sensiblement plus difficile, voire impossible (Message du Conseil fédéral du 8 septembre 2010 relatif à une modification de la LP [droit de l'assainissement], FF 2010 5871, p. 5888). Dans une jurisprudence datant de 1997, le Tribunal fédéral a considéré que les loyers à échoir ne pouvaient être produits comme créances de faillite que jusqu'à la fin du bail, mais pour une durée de six mois au plus après l'ouverture de la faillite (ATF 124 III 41 précité consid. 2b

et les références citées). Cette période de six mois correspondait à la période protégée par le droit de rétention du bailleur (MARCHAND, Contrats et insolvabilité, in Cedidac 77 p. 15 à 44).

Le nouveau droit de l'assainissement, en vigueur depuis le 1er janvier 2014, clarifie le sort qui doit être réservé aux contrats de durée et aux prestations qui en découlent dans le cadre de la procédure d'exécution forcée. Selon l'art. 211a al. 1 LP, le cocontractant peut invoquer ses droits à titre de créances de faillite ordinaires, mais au maximum jusqu'au terme le plus proche de résiliation du contrat ou jusqu'à sa date d'expiration (Message du Conseil fédéral, op. cit., FF 2010 5871, p. 5889; BÜRGI, in Kurzkommentar, op. cit., n. 32 ad art. 211a LP). Passé ce délai, il ne peut faire valoir aucun droit. Avec cette réglementation expresse dans la loi, l'ancienne jurisprudence du Tribunal fédéral devient ainsi obsolète (REUDT, Zins- und Schadenersatzforderungen im Konkurs des Mieters und des Pächters – Einige Überlegungen zu Art. 266h und 297a OR, in MietRecht Aktuell [MRA], 3/16 p. 115 ss, p. 119) et la sécurité juridique est créée pour la pratique (LORANDI, Dauerschuldverhältnisse im neuen Sanierungsrecht, in AJP 2014 p. 294 ss, p. 300).

Ainsi, si l'organe de l'exécution forcée n'agit pas (en devenant partie au contrat de durée ou en le dénonçant pour le prochain terme ordinaire prévu par la loi ou par le contrat), les effets seront les mêmes que si le contrat de durée avait fait l'objet d'une résiliation ordinaire (Message du Conseil fédéral, op. cit., FF 2010 5871, p. 5889; LORANDI, op. cit., in AJP 2014 p. 294 ss, p. 300-301).

- 9/10 -

A/3818/2016-CS II appartient à l'Office des poursuites, avisé de l'ouverture de la faillite (art. 176 al. 1 LP), de vérifier, au vu de la date énoncée dans la réquisition de poursuite et, le cas échéant, les prétentions exigées du requérant, si la prétention alléguée par ce dernier est née après la déclaration de faillite du prétendu débiteur (GILLIERON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, art. 159-270, 2001, n. 31 ad art. 206 LP).

#### **E. 4.4**

En l'occurrence, la plaignante a requis l'Office de la protéger provisoirement dans son droit de rétention pour des créances de loyer nées aux mois de juillet, août, septembre, octobre et novembre 2015, alors que la faillite de sa débitrice a été prononcée le 28 janvier 2015. Postérieures au prononcé de la faillite, les créances de loyer invoquées constituent donc des dettes futures. Selon la lettre même de l'art. 268 al. 1 CO et d'après la jurisprudence constante du Tribunal fédéral – dont la plaignante ne met pas en doute le bien-fondé –, le bailleur de locaux commerciaux peut produire dans la faillite de son locataire des créances de loyer futures, mais uniquement pour l'année écoulée et le semestre courant, le moment déterminant pour calculer ces périodes étant celui de l'ouverture de la faillite de la débitrice, plus précisément le dernier terme du loyer qui précède cette date. Appliqué au cas d'espèce, cela signifie que le loyer du semestre courant s'étend du 1er janvier 2015 au 30 juin 2015. Il découle de ce qui précède que les créances de loyer faisant l'objet de la poursuite en réalisation de gage de la plaignante sont toutes nées après la fin du semestre courant. Elles ne sont donc plus garanties par le droit de gage légal du bailleur, la volonté claire du législateur étant d'éviter que celui-ci ne laisse ses créances s'accumuler au détriment du locataire et des autres créanciers. C'est ainsi à juste titre que l'Office a annulé la notification du commandement de payer et constaté la nullité de la poursuite. Au demeurant et contrairement à ce qu'elle soutient, la plaignante n'est, ce faisant, pas privée de tous droits

d'exécution, puisque la faillite de la locataire n'a pas d'effet sur le droit de rétention lui-même. Si elle s'y estime fondée et que les conditions sont remplies – ce qu'il n'y a pas lieu d'examiner dans le cadre de la présente procédure –, elle peut produire ses créances en loyer dans la faillite et invoquer son droit de rétention, valable jusqu'à la date de résiliation du contrat de bail (31 août 2015).

Mal fondée, la plainte sera ainsi rejetée.

## **E. 5**

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). \* \* \* \* \*

- 10/10 -

A/3818/2016-CS PAR CES MOTIFS, La Chambre de surveillance : A la forme : Déclare recevable la plainte formée le 7 novembre 2016 par A\_\_\_\_\_ SA contre la décision de l'Office des poursuites du 24 octobre 2016 annulant le commandement de payer du 7 avril 2016, poursuite n° 16 xxxx07 F. Au fond : La rejette.

Siégeant : Madame Florence KRAUSKOPF, présidente; Madame Natalie OPPATJA et Monsieur Christian CHAVAZ, juges assesseur(e)s; Madame Véronique PISCETTA, greffière.

La présidente : Florence KRAUSKOPF

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.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.