

# **BGer 5A 149/2013 vom 10. Juni 2013**

Bundesgericht, 2013-06-10, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_149\\_2013](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_149_2013)

FR: TF 5A 149/2013 du 10 juin 2013

IT: TF 5A 149/2013 del 10 giugno 2013

## **Regeste**

restitution d'un délai (procédure de poursuite) | Droit des poursuites et faillites

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Les deux recours sont dirigés par la même partie recourante, contre des décisions formellement distinctes mais qui concernent le même complexe de faits et soulèvent les mêmes questions juridiques. Il se justifie dès lors de les joindre, pour des motifs d'économie de procédure, et de statuer à leur sujet dans un seul arrêt ( art. 24 PCF applicable par analogie vu le renvoi de l' art. 71 LTF ; ATF 131 V 59 consid. 1; 124 III 382 consid. 1a; 123 II 16 consid. 1).

### **E. 1.2**

Interjetés dans le délai de 10 jours ( art. 100 al. 2 let. a LTF ) par une partie qui a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ( art. 76 al. 1 let. a LTF ) et dirigés contre des décisions finales ( art. 90 LTF ; ATF 133 III 350 consid. 1.2; arrêt 5A\_729/2007 du 29 janvier 2008 consid. 1) rendues 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 ), les recours sont recevables au regard de ces dispositions, et ce indépendamment de la valeur litigieuse ( art. 74 al. 2 let. c LTF).

### **E. 2.1**

Les décisions déferées, qui statuent définitivement sur la restitution des délais pour former opposition aux commandements de payer, ne constituent pas des mesures provisionnelles au sens de l' art. 98 LTF (arrêt 5A\_729/2007 du 29 janvier 2008 consid. 2.1), de sorte que les recours peuvent ainsi être formés pour violation du droit tel qu'il est délimité aux art. 95 s. LTF. Le Tribunal fédéral applique le droit d'office ( art. 106 al. 1 LTF ), sans être lié ni par la motivation de l'autorité précédente, ni par les moyens des parties; il peut donc admettre le recours pour d'autres motifs que ceux qui ont été articulés ou, à l'inverse, rejeter un recours en substituant une nouvelle argumentation à celle de l'autorité précédente ( ATF 133 II 249 consid. 1.4.1 p. 254; 132 II 257 consid. 2.5 p. 262). Néanmoins, compte tenu des exigences de motivation posées, sous peine d'irrecevabilité, à l' art. 42 al. 2 LTF , le Tribunal fédéral n'examine en principe que les griefs soulevés; il n'est pas tenu de traiter, à l'instar d'une juridiction de première instance, toutes les questions juridiques pouvant se poser lorsqu'elles ne sont plus discutées devant lui ( ATF 133 IV 150 consid. 1.2).

### **E. 2.2**

Le Tribunal fédéral ne peut s'écarter des faits établis par l'autorité précédente que si ceux-ci l'ont été 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 ).

### **E. 3.1**

S'agissant de la notification des commandements de payer, l'autorité de surveillance a adopté une double motivation pour retenir que cet acte avait eu lieu conformément aux art. 65 s. LP, applicables selon elle à la cause. Premièrement, sur la base de l'attestation du 9 avril 2012 dressée par l'agent américain chargé de la notification, elle a considéré que, lors de la tentative de notification du 4 février 2012-en réalité, cette tentative a eu lieu le 2 avril 2012, l'autorité de surveillance ayant mal compris l'attestation en cause, qui indiquait, conformément à l'usage aux USA, la date sous la forme mm/jj/qqqq-, une personne du département juridique de la recourante avait refusé d'accepter les documents présentés par cet agent, et que, lors de la tentative du 29 mars 2012, une employée de la recourante avait refusé de donner son nom et prétendu qu'aucune personne du département juridique n'était disponible. Sur la base de ces faits, elle a jugé que les commandements de payer n° 3 et 4 avaient été valablement notifiés "par voie diplomatique", selon ses propres termes, en application de l' art. 65 al. 2 LP et de la jurisprudence publiée aux ATF 90 III 8 , au motif que, lorsqu'une personne refuse sans juste motif un acte de poursuite qui lui a été régulièrement présenté, la notification, qu'elle soit faite en Suisse ou à l'étranger, est réputée faite au moment de la présentation. Secondement, alors même qu'elle a considéré que la notification à l'étranger avait eu lieu, l'autorité de surveillance a ajouté que l'office avait néanmoins également procédé à la notification par voie édictale au sens de l' art. 66 al. 4 ch. 2 LP , notification qui, selon elle, s'imposait, au vu du refus systématique de la recourante d'accepter les documents que lui présentait l'agent chargé de la notification et dont la recourante ne pouvait pas contester la validité au motif qu'elle n'avait pas pu en prendre effectivement connaissance; l'autorité de surveillance a donc retenu que la notification était réputée effectuée le 31 août 2012. Ensuite, s'agissant de la restitution du délai pour former opposition, l'autorité de surveillance a jugé que la recourante ne pouvait pas obtenir cette restitution, les actes lui ayant été régulièrement notifiés et la recourante ne pouvant pas prétendre à un empêchement non fautif de faire opposition alors qu'elle avait sciemment et à plusieurs reprises refusé sans juste motif les documents que lui présentait l'agent américain chargé de la notification. Pour ces motifs, l'autorité de surveillance a rejeté, dans les deux décisions attaquées, la requête en restitution du délai.

### **E. 3.2**

En substance, la recourante se plaint d'arbitraire dans la constatation des faits, en tant que l'autorité de surveillance a retenu qu'elle avait systématiquement refusé d'accepter les documents que lui présentait l'agent américain chargé de la notification. Ensuite, elle se plaint de la violation des art. 66 al. 3 LP et 5 de la Convention du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale (RS 0.274.131), en tant que l'autorité de surveillance a appliqué le droit suisse, de plus une jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur de la convention précitée, au lieu du droit californien, pour déterminer si la notification des commandements de payer était valablement intervenue. Enfin, elle se plaint de la violation de l' art. 33 al. 4 LP . A cet égard, la recourante affirme que, notamment au motif que le rapport de l'agent américain chargé de la notification fait état de l'échec de la notification, elle n'a pas déposé de plainte contre l'office pour contester la validité de la publication par voie édictale. Néanmoins, elle estime que le délai pour former opposition

aux commandements de payer devrait lui être restitué au motif que, son siège se trouvant en Californie, ses représentants n'ont pas pu prendre connaissance de la publication dans la FOSE avant qu'elle ne mandate un avocat en Suisse après la réception de l'avis de saisie du 7 novembre 2012.

#### **E. 4**

En l'espèce, il n'y a lieu d'examiner ni l'argumentation de l'autorité de surveillance selon laquelle la notification à l'étranger a eu lieu conformément au droit, alors même que l'agent américain attestait n'avoir pas pu y procéder après quatre tentatives, ni celle selon laquelle l'office était néanmoins en droit de procéder à une seconde notification, cette fois par voie édictale. En effet, il est constant que l'office a procédé à la notification des commandements de payer n° 3 et 4 par publication le 31 août 2012 dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSE) et la Feuille des avis officiels fribourgeois et qu'il a prolongé de 20 jours le délai pour former opposition. Or, sauf exception non réalisée en l'espèce, une notification par voie édictale ( art. 66 al. 4 LP ) n'est pas nulle au sens de l' art. 22 al. 1 LP mais seulement annulable par la voie de la plainte, dans le délai de 10 jours dès la connaissance de la publication ( art. 17 LP ; ATF 136 III 571 consid. 6.1), et la recourante affirme précisément avoir renoncé à former une plainte à l'encontre de la mesure prise par l'office, au motif que cette forme de notification ne serait pas illicite. Dès lors, même à supposer que les conditions légales de cette forme de notification ne seraient pas remplies, sa validité ne peut plus être remise en cause. Une notification ayant donc effectivement eu lieu le 31 août 2012, la seule question qu'il reste à trancher est celle de savoir s'il faut restituer les délais pour faire opposition aux commandements de payer, à savoir, plus précisément, si la recourante a été empêchée d'agir sans sa faute dans le délai prolongé par l'office, au sens de l' art. 33 al. 4 LP .

##### **E. 5.1.1**

Selon l' art. 33 al. 4 LP , quiconque a été empêché sans sa faute d'agir dans le délai fixé peut demander à l'autorité de surveillance ou à l'autorité judiciaire compétente qu'elle lui restitue ce délai. L'intéressé doit, à compter de la fin de l'empêchement, déposer une requête motivée dans un délai égal au délai échu et accomplir auprès de l'autorité compétente l'acte juridique omis. Il faut entendre par empêchement non fautif, non seulement l'impossibilité objective d'agir dans le délai ou de se faire représenter à cette fin, mais aussi l'impossibilité subjective due à des circonstances personnelles ou à une erreur excusable (arrêts 5A\_896/2012 du 10 janvier 2013 consid. 3.2 et les références; 5A\_30/2010 du 23 mars 2010 consid. 4.1; de manière générale sur l'empêchement d'accomplir un acte de procédure, cf. arrêt 2C\_319/2009 du 26 janvier 2010 consid. 4.1, non publié in ATF 136 II 241 ). En d'autres termes, est non fautive toute circonstance qui aurait empêché un plaideur consciencieux d'agir dans le délai fixé ( ATF 119 II 86 consid. 2a; arrêt 2C\_734/2012 du 25 mars 2013 consid. 3.3 et les autres références).

##### **E. 5.1.2**

Selon l' art. 66 al. 4 LP , la notification se fait par publication lorsque le débiteur n'a pas de domicile connu (ch. 1), qu'il se soustrait obstinément à la notification (ch. 2), ou qu'il est domicilié à l'étranger et que la notification prévue à l' al. 3- soit par l'intermédiaire des autorités de sa résidence ou par la poste si un traité le prévoit ou si l'Etat sur le territoire duquel la notification doit être faite y consent - ne peut être obtenue dans un délai convenable (ch. 3). La publication constitue une forme de notification basée sur une

présomption irréfragable selon laquelle le débiteur prend connaissance de l'acte de poursuite au jour de la publication, celle-ci tenant lieu de notification. Il en découle que le débiteur ne peut précisément pas contester la validité de la notification par voie édictale au motif qu'il n'a pas pu en prendre effectivement connaissance ( PAUL ANGST, in Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Art. 1-158 SchKG, 2 ème éd., 2010, n° 19 ad art. 66 LP ; MYRIAM A. GEHRI, in KUKO-SchKG, 2009, n° 12 ad art. 66 LP ; IDEM, Die Ediktalzustellung von Betreuungsurkunden bei Schuldner im Ausland, in Schweizerisches und internationales Zwangsvollstreckungsrecht, Festschrift für Karl Spühler, 2005, p. 87 ss [93]; PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Art. 1-88 LP , 1999, n° 47 ad art. 66 LP ; YVAN JEANNERET/SAVERIO LEMBO, in Commentaire romand, Poursuite et faillite, 2005, n° 18 ad art. 66 LP ; HANS ULRICH WALDER/THOMAS M. KULL/MARTIN KOTTMANN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band I, Art. 1-158 SchKG, 4 ème éd., 1997, n° 5 ad art. 66 LP ).

### **E. 5.2**

En l'espèce, au vu des règles qui précèdent, le grief de la recourante, qui invoque qu'elle n'a pas pu prendre connaissance de la publication dans la FOSC au motif qu'elle a son siège à l'étranger, ne peut être que rejeté. Les autres griefs de fait et de droit que la recourante soulève sont sans objet.

### **E. 6**

En conclusion, les recours sont rejetés. Les frais judiciaires, arrêtés à 4'000 fr., sont mis à la charge de la recourante, qui succombe ( art. 66 al. 1 LTF ). Les intimés n'ayant pas été invités à répondre au fond, il n'y a pas lieu d'allouer de dépens.

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