

GE_GERICHTE DCSO/181/2022 vom 6. Mai 2022

GE Cour de justice, 2022-05-06, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_DCSO_181_2022

FR: GE_GERICHTE DCSO/181/2022 du 6 mai 2022

IT: GE_GERICHTE DCSO/181/2022 del 6 maggio 2022

Erwägungen

E. 1.1

Lorsque le juge de la faillite estime qu'une décision nulle a été rendue dans la procédure de poursuite antérieure à la réquisition de faillite, il ajourne sa décision et soumet le cas à l'autorité de surveillance (art. 173 al. 2 LP), soit à Genève à la Chambre de céans.

E. 1.2

Dans le cas d'espèce, la Chambre de surveillance a été saisie par la Chambre civile de la Cour de justice, qui est l'autorité compétente en matière de recours contre les jugements de première instance déclarant la faillite (art. 120 al. 1 let. a LOJ cum art. 319 let. a CPC), aux fins de statuer sur la validité de la commination de faillite notifiée le 25 mars 2021.

Il y a donc lieu d'entrer en matière.

E. 2

La poursuivie fait en premier lieu valoir que la notification du commandement de payer intervenue le 4 août 2020 serait viciée, ce que contestent tant la poursuivante que l'Office.

2.1.1 Un commandement de payer est un acte de poursuite qui doit faire l'objet d'une communication revêtant la forme qualifiée de la notification (art. 72 LP).

- 6/11 -

A/3260/2021-CS Telle que décrite aux art. 64 à 66 et 72 LP, cette notification consiste en la remise directe par le préposé, un employé de l'office des poursuites ou par la poste de l'acte en mains du poursuivi ou, en l'absence de ce dernier, en mains d'une personne de remplacement désignée par la loi et aux lieux prévus par la loi, ce qui exclut la remise de l'acte dans une boîte aux lettres (ATF 117 III 7 consid. 3b) ou une case postale (ATF 116 III 8 consid. 1a). Entre les 20 avril 2020 et 31 décembre 2021, les règles régissant la notification ont toutefois été modifiées par l'art. 7 Ordonnance COVID-19 justice et droit procédural, lequel prévoit la possibilité de notifier des actes de poursuite (et notamment des commandements de payer) "contre une preuve de notification qui n'implique pas la remise d'un reçu" (art. 7 al. 1 Ordonnance COVID-19 justice et droit procédural) à deux conditions cumulatives. D'une part, cette notification doit avoir été précédée d'une première tentative infructueuse de notification par la voie ordinaire ou que dans un cas d'espèce elle serait d'emblée vouée à l'échec en raison de circonstances particulières (art. 7 al. 1 let. a Ordonnance COVID-19 justice et droit procédural dans sa teneur en vigueur jusqu'au 25 septembre 2020); d'autre part, le destinataire doit avoir été informé de la notification par communication téléphonique au plus tard le jour précédant la notification ou on peut supposer qu'il a été informé par écrit ou par courrier électronique au plus tard le jour précédant la notification (art. 7 al. 1 let. b Ordonnance COVID-19 justice et droit procédural dans sa teneur en vigueur jusqu'au 25 septembre 2020). Pour autant que ces conditions

soient réalisées, la preuve de notification mentionnée à l'al. 1 remplace le procès-verbal de notification prévu par l'art. 72 al. 2 LP (art. 7 al. 2 Ordonnance COVID-19 justice et droit procédural). Lorsqu'elle est donnée par écrit, l'information relative à la notification prochaine d'un acte de poursuite est considérée comme notifiée lorsqu'elle se trouve dans la sphère de puissance du destinataire, sans qu'il soit nécessaire que celui-ci réceptionne effectivement l'envoi ou en prenne connaissance. Dans le cas d'un courrier envoyé sous pli A+, l'enregistrement effectué dans le système "track&trace" de la Poste au moment du dépôt de l'envoi dans la boîte aux lettres ou la case postale du destinataire constitue un indice que la distribution est effectivement intervenue à ce moment-là, et donc que l'avis est entré dans la sphère de puissance de son destinataire. Même si une erreur de distribution ne peut d'emblée être exclue, elle ne doit être retenue que si elle paraît plausible au vu des circonstances : si le destinataire, dont la bonne foi est présumée, se prévaut d'une erreur de distribution, il lui appartient d'exposer de manière claire les circonstances permettant d'admettre avec une certaine vraisemblance cette hypothèse, des considérations purement hypothétiques n'étant pas suffisantes (arrêt du Tribunal fédéral 5A_305/2021 du 4 octobre 2021 consid. 4.4 et 4.5 et références citées).

- 7/11 -

A/3260/2021-CS

Quant à la notification elle-même de l'acte de poursuite, elle peut également, selon l'art. 7 al. 1 Ordonnance COVID-19 justice et droit procédural, intervenir par courrier A+ (Commentaire des dispositions de l'Ordonnance COVID-19 justice et droit procédural p. 8; instruction n° 7 du service Haute surveillance LP § 10). Lorsque l'acte à notifier est un commandement de payer, la preuve de notification sans reçu – soit, dans le cas d'une notification par envoi A+, l'enregistrement effectué dans le système "track&trace" de la remise du pli dans la boîte aux lettres ou la case postale du destinataire – remplace l'attestation de notification visée à l'art. 72 al. 2 LP (art. 7 al. 2 Ordonnance COVID-19 justice et droit procédural). Le délai d'opposition prévu par l'art. 74 al. 1 LP commence ainsi à courir à compter de l'entrée du commandement de payer dans la sphère de puissance du débiteur, que celui-ci en ait ou non effectivement connaissance. 2.1.2 L'art. 65 LP dresse une liste des personnes qui sont réputées être les destinataires directs autorisés à recevoir des actes de poursuite dirigés contre les personnes morales ou les sociétés. Le but de cette disposition est, compte tenu des lourdes conséquences attachées à la notification d'un acte de poursuite, de garantir une notification effective à l'un ou l'autre des représentants autorisés afin qu'il puisse, par exemple pour le commandement de payer, examiner l'opportunité d'y former opposition en pleine connaissance de cause (ATF 118 III 10 consid. 3a, JdT 1994 II 119; 117 III 10 consid. 5a; 116 III 8 consid. 1b).

S'agissant des sociétés anonymes, l'art. 65 al. 1 ch. 2 LP prescrit que les actes de poursuite doivent être notifiés à leur représentant, c'est-à-dire à un membre de l'administration, à un directeur ou à un fondé de procuration. Est déterminant à cet égard le fait que le représentant soit inscrit ès qualités au registre du commerce, sans qu'il soit nécessaire qu'il dispose d'un pouvoir de signature individuel (JAQUES, De la notification des actes de poursuite, in B1SchK 2011 pp. 177 ss., § 4.3).

La notification à un représentant de la personne morale ne doit pas nécessairement être faite dans le bureau de celle-ci. Elle peut notamment intervenir, sans qu'une tentative préalable ait été effectuée dans les bureaux de la personne morale, au domicile privé du représentant

désigné par l'art. 65 al. 1 ch. 2 LP (ATF 134 III 112 consid. 3.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A_167/2013 du 29 août 2013 consid. 3.1).

2.1.3 Le domicile d'une personne est au lieu où elle réside avec l'intention de s'y établir (art. 23 al. 1 CC). Nul ne peut avoir en même temps plusieurs domiciles (art. 23 al. 2 CC).

Pour savoir quel est le domicile d'une personne physique, il faut tenir compte de l'ensemble de ses conditions de vie, le centre de son existence se trouvant à l'endroit, lieu ou pays, où se focalisent un maximum d'éléments concernant sa vie

- 8/11 -

A/3260/2021-CS personnelle, sociale ou professionnelle, de sorte que l'intensité des liens avec ce centre l'emporte sur les liens existant avec d'autres endroits. Ce qui est déterminant n'est pas la volonté intime de l'intéressé, mais son intention manifestée objectivement et de manière reconnaissable pour les tiers (ATF 125 III 100 consid. 3; arrêt du Tribunal fédéral 7B.207/2003 du 25 septembre 2003 cons. 3.2).

E. 2.2

Dans le cas d'espèce, il résulte du dossier que, saisi de la réquisition de poursuite déposée par la poursuivante, l'Office a procédé à une première tentative de notification du commandement de payer par la voie ordinaire, dans les bureaux de la société poursuivie. Cette tentative ayant échoué, l'Office était en principe fondé, en application de l'art. 7 Ordonnance COVID-19 justice et droit procédural, à procéder à la notification par la voie simplifiée prévue par cette disposition.

Conformément aux jurisprudences rappelées ci-dessus, cette notification pouvait par ailleurs intervenir en mains de F_____, qui était alors le seul représentant – au sens de l'art. 65 al. 1 ch. 2 LP – de la société poursuivie.

En revanche, la validité de la notification facilitée elle-même doit être niée, pour un double motif.

D'une part, les auditions du témoin H_____ et du liquidateur de la débitrice ont établi que l'unique organe de cette dernière, F_____, avait déplacé son domicile au Portugal au plus tard dans le courant de l'année 2018. Certes, au mois de novembre de la même année, il avait annoncé à l'OCPM, probablement pour répondre à une mise en demeure du Registre du commerce, avoir (re)pris domicile à Genève, indiquant pour adresse 2_____ à G_____, chez Madame H_____; il s'agissait toutefois là, comme l'instruction l'a démontré, d'un domicile fictif dès lors que les locaux dont il disposait à l'adresse indiquée étaient de nature commerciale et que F_____ n'y a jamais résidé, n'y passant qu'occasionnellement la nuit. Or, dans la mesure où il ne disposait plus à Genève ni de domicile ni de résidence, et qu'il n'avait pas valablement élu domicile chez un tiers, une notification du commandement de payer par voie postale n'était pas possible.

D'autre part, et même à supposer que l'art. 7 Ordonnance COVID-19 justice et droit procédural autorise une notification par voie postale à une adresse ne correspondant ni au domicile, le cas échéant élu, ni à la résidence du destinataire, il n'est pas établi que le pli contenant le commandement de payer aurait effectivement été délivré à cette adresse. Il résulte en effet des déclarations du témoin H_____ que les locaux occupés jusqu'en juillet 2020 par F_____ disposaient de leur propre boîte aux lettres, dans laquelle était en principe déposé le courrier qui lui était destiné, dont en particulier l'avis de notification

simplifiée du 27 juillet 2020, distribué le 29 juillet 2020 selon le système "track&trace" de la Poste. A compter de la fin du bail en juillet 2020 toutefois, le nom de F_____

- 9/11 -

A/3260/2021-CS n'a plus figuré sur ladite boîte aux lettres, de telle sorte que le pli contenant le commandement de payer, délivré selon l'extrait du système "track&trace" de la Poste le 4 août 2020, a vraisemblablement été déposé non pas dans l'ancienne boîte aux lettres de son destinataire mais dans celle de H_____, soit à une adresse qui n'était pas celle du destinataire de l'acte. Le fait que F_____ ait lui-même indiqué à l'OCPM, avec l'accord de l'intéressée, résider chez H_____ ne change rien à ce qui précède, une telle déclaration adressée à l'autorité chargée de tenir le registre de la population ne valant pas élection de domicile à l'égard de l'Office.

Il doit ainsi être retenu que la notification du commandement de payer était atteinte d'un vice.

E. 3

Il convient encore d'examiner si ce vice a entraîné la nullité de la notification, comme le soutient la poursuivie, ou son annulabilité, comme l'invoquent la poursuivante et l'Office.

E. 3.1

Un vice affectant la procédure de notification entraîne la nullité de cette dernière si l'acte notifié n'est pas parvenu à la connaissance du débiteur (ATF 110 III 9 consid. 2). Si en revanche, malgré ce vice, le débiteur a connaissance de l'acte notifié ou de son contenu essentiel, la notification n'est qu'annulable (ATF 128 III 101 consid. 2). Le délai pour former une plainte (art. 17 al. 2 LP), comme celui pour former opposition si l'acte notifié était un commandement de payer, commence alors à courir au moment de cette prise de connaissance (ATF 128 III 101 consid. 2).

3.2.1 Dans le cas d'espèce, aucun élément du dossier ne permet de retenir que la poursuivie, respectivement son associé gérant, aient eu connaissance du commandement de payer ou de son contenu essentiel avant la notification de la commination de faillite, intervenue le 25 mars 2021.

Il doit en revanche être admis que, par cette notification, la poursuivie a eu connaissance du contenu essentiel du commandement de payer. Selon l'art. 160 al. 1 ch. 1 LP en effet, la commination de faillite doit énoncer les indications prescrites pour la réquisition de poursuite – lesquelles doivent être reprises sur le commandement de payer en application de l'art. 69 al.2 ch. 1 LP – soit en particulier les noms et domiciles des créancier et débiteur, le montant en valeur légale suisse de la créance invoquée et, si des intérêts sont réclamés, leur taux et le jour à compter duquel ils courent, ainsi que les titre et date de cette créance ou, en l'absence de titre, la cause de l'obligation (art. 67 al. 1 ch. 1 à 4 LP). La commination de faillite mentionne par ailleurs le numéro de la poursuite ainsi que la date de notification du commandement de payer (art. 160 al. 1 ch. 2 LP).

Même tardive, cette prise de connaissance du contenu essentiel du commandement de payer par la poursuivie a pour conséquence d'exclure la nullité

- 10/11 -

A/3260/2021-CS de la notification de cet acte (ANGST/RODRIGUEZ, in BSK SchKG 1, 3ème édition, 2021, N 23 ad art. 64 LP; arrêt de l'autorité supérieure du canton de Vaud du

25 juillet 2005, in B1SchKG 2006 p. 197; arrêt de l'autorité de surveillance du canton de Bâle-Ville du 25 août 2003, in B1SchKG 2004 p. 184). Celui-ci n'était ainsi qu'annulable et, si elle avait entendu se prévaloir du vice ayant entaché la procédure de notification pour obtenir son annulation, la poursuivie aurait dû former une plainte dans les dix jours (art. 17 al. 2 LP) de la notification de la commination de faillite. Ne l'ayant pas fait, elle ne peut aujourd'hui invoquer ce vice comme cause de nullité de la notification du commandement de payer.

En résumé, le commandement de payer notifié le 4 août 2020 n'est pas nul et, faute d'avoir fait l'objet en temps utile d'une plainte au sens de l'art. 17 LP, ne peut être annulé. Il déploie donc tous ses effets nonobstant le vice ayant affecté la procédure de notification.

3.2.2 Pour la poursuivie, la nullité de la commination de faillite résultait de l'absence de commandement de payer entré en force, dès lors que celui notifié le

E. 4

La procédure est gratuite et ne donne pas lieu à l'octroi de dépens (art. 20a al. 1 ch. 5 LP). *
* * * *

- 11/11 -

A/3260/2021-CS PAR CES MOTIFS, La Chambre de surveillance : A la forme : Entre en matière sur la question de la nullité de la commination de faillite, poursuite n° 3_____, selon arrêt ACJC/1174/2021 prononcé le 16 septembre 2021 par la Chambre civile de la Cour de justice dans la cause C/4_____/2021. Au fond : Constate que la commination de faillite, poursuite n° 3_____, notifiée le 25 mars 2021 n'est pas nulle. Siégeant : Monsieur Patrick CHENAUX, président; Madame Verena PEDRAZZINI RIZZI et Monsieur Jean REYMOND, juges Madame Christel HENZELIN, greffière.

Le président :

Patrick CHENAUX

La greffière :

Christel HENZELIN

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.