

GE_GERICHTE DCSO/200/2019 vom 2. Mai 2019

GE Cour de justice, 2019-05-02, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_DCSO_200_2019

FR: GE_GERICHTE DCSO/200/2019 du 2 mai 2019

IT: GE_GERICHTE DCSO/200/2019 del 2 maggio 2019

Regeste

Résumé: Notification du commandement de payer en mains d'un administrateur de la débitrice par ailleurs ami et associé du poursuivant. Validité admise au vu des circonstances de l'espèce.

Erwägungen

E. 1.1

La demande de restitution du délai pour former opposition au commandement de payer notifié le 19 janvier 2018 respecte les formes prévues par la loi et a été déposée auprès de l'autorité compétente pour en connaître (art. 33 al. 4 LP) dans les 10 jours (art. 74 al. 1 LP, en relation avec l'art. 33 al. 4 LP) après la disparition alléguée de l'empêchement invoqué. Il y a donc lieu d'entrer en matière.

E. 1.2

Déposée en temps utile (art. 17 al. 2 LP) et dans les formes prévues par la loi (art. 9 al. 1 et 2 LALP; art. 65 al. 1 et 2 LPA, applicables par renvoi de l'art. 9 al. 4

- 8/14 -

A/2589/2018-CS LALP), auprès de l'autorité compétente pour en connaître (art. 6 al. 1 et 3 LALP; art. 17 al. 1 LP), à l'encontre d'une mesure de l'Office pouvant être attaquée par cette voie (art. 17 al. 1 LP) et par une partie lésée dans ses intérêts (ATF 138 III 219 consid. 2.3; 129 III 595 consid. 3; 120 III 42 consid. 3), la plainte est recevable.

E. 2

Il convient en premier lieu d'examiner si la notification en date du 19 janvier 2018 du commandement de payer litigieux a été affectée d'un vice et, le cas échéant, quelles en sont les conséquences.

E. 2.1

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). Cette dernière consiste en la remise par un employé de l'Office ou de la poste de l'acte ouvert au débiteur ou, en l'absence de ce dernier, à l'une des personnes de remplacement désignées par la loi et aux lieux prévus par la loi, au besoin au terme d'une recherche sérieuse du poursuivi ou, à défaut, d'une des personnes de remplacement (ATF 117 III 7 consid. 3b; RUEDIN, CR-LP, n. 2 ad art. 72; WÜTHRICH/SCHOCH, BaK SchKG I, n. 11s ad art. 72; STOFFEL/CHABLOZ, Voies d'exécution, §

E. 2.2

La capacité des représentants prévus par l'art. 65 LP à recevoir une poursuite trouve toutefois sa limite dans le conflit d'intérêts qui peut survenir (JEANNERET/LEMBO, in CR LP, 2005, n. 12 ad art. 65). Le représentant désigné doit être capable de se prononcer valablement sur l'existence ou l'inexistence de la dette, respectivement offrir une garantie suffisante pour la communication de l'acte de poursuite à la personne apte à se prononcer (ATF 45 III 27, JdT 1919 II 60 consid. 2; arrêt du Tribunal fédéral 5A_750/2013 du 8 avril 2014 consid. 4.2.3). Il n'est ainsi pas admissible que le commandement de payer, dont le directeur et administrateur d'une société anonyme a requis la notification à ladite société, soit notifié à ce directeur et administrateur en sa qualité de représentant de la société. Il en va de même lorsque le poursuivant, employé d'une société anonyme, reçoit de l'agent notificateur le commandement de payer destiné à la société qui l'emploie, dont il a requis la notification (GILLIERON, op. cit., n. 17 ad art. 65 et les références citées). Lorsqu'un acte de poursuite est notifié à un représentant qui se trouve en conflit d'intérêts avec la société débitrice, la notification est irrégulière. Elle doit être annulée et répétée si le représentant n'a pas fait opposition et n'a pas transmis l'acte de poursuite à un autre représentant de la société poursuivie (ATF 45 III 27, JdT 1919 II 60; GILLIERON, op. cit., n. 17 ad art. 65; DCSO/235/2014 du 11 décembre 2014 consid. 2.2).

E. 2.3

Dans le cas d'espèce, la notification est intervenue conformément à l'art. 65 al. 2, soit en mains d'une employée de la société dans les bureaux de laquelle la plaignante était domiciliée. A juste titre, la régularité de principe de ce procédé n'est pas remise en cause par cette dernière. Bien que la plaignante ne conclue pas formellement à l'annulation de la notification – se bornant à requérir la restitution du délai pour former opposition – on comprend de ses explications qu'elle considère que cette notification aurait été viciée en raison d'un conflit d'intérêts réalisé en la personne de D_____. Dans la mesure où il est à cet égard constant que la personne en mains de laquelle le commandement de payer a été notifié était employée de C_____ SA, dont D_____ est actionnaire majoritaire et président du conseil d'administration, et que c'est à lui qu'elle a remis, le jour même ou le lendemain, cet acte de poursuite, la question mérite d'être examinée. Aucun élément du dossier ne permet de retenir que D_____ aurait eu un intérêt personnel, direct ou indirect, dans l'issue de la procédure de poursuite en cours. Il n'est en effet pas titulaire de la prétention invoquée en poursuite et l'issue de la procédure de recouvrement engagée par le poursuivant n'aura, pour autant qu'il résulte des pièces du dossier, aucune influence sur sa propre situation.

- 10/14 -

A/2589/2018-CS L'argument – invoqué de manière plus ou moins expresse par la plaignante dans ses écritures et les courriers comminatoires qu'elle a adressés à D_____ – selon lequel celui-ci aurait dû se sentir lié par les instructions que lui aurait données F_____ est pour sa part dénué de pertinence. En sa qualité d'administrateur, D_____ était en effet tenu de préserver les intérêts de la société (art. 717 al. 1 CO), et non les intérêts particuliers de tel ou tel actionnaire, fût-il largement majoritaire. En l'absence de toute décision du Conseil d'administration sur la prétention invoquée par le poursuivant, il appartenait ainsi à D_____ d'apprécier, lorsque le commandement de payer lui a été remis, si les intérêts de la société justifiaient qu'il y soit formé opposition, et ce sans être lié par d'éventuelles instructions – au demeurant non établies – de F_____. Le fait qu'il y ait renoncé, selon ses explications parce qu'il avait la conviction que le montant réclamé était

dû et qu'il estimait dans l'intérêt de la société de régler ses créanciers sociaux, ne permet ainsi de tirer aucune conclusion sur l'existence ou l'absence d'un conflit d'intérêts. Le fait que la poursuite émane d'une personne envers laquelle D_____ éprouvait des sentiments de respect et d'amitié, et avec laquelle il était associé dans deux sociétés commerciales, peut certes être considérée comme de nature à le confronter à un conflit non d'intérêts mais de loyauté, susceptible en théorie d'influer sur sa capacité à se prononcer sereinement sur l'existence de la prétention invoquée en poursuite. Il résulte toutefois des pièces du dossier, et notamment des déclarations faites par D_____ lors de son audition et de la reconnaissance de dette qu'il a signée pour compte de la société le 1er décembre 2017, qu'il considérait de manière générale que la plaignante, sous la conduite de F_____, s'abstenait à tort de régler des dettes incontestables, non seulement au poursuivant mais à d'autres créanciers, ce que D_____ estimait préjudiciables aux intérêts de la société. Sa décision de ne pas former opposition ne provenait donc pas d'une volonté de favoriser le poursuivant en particulier mais d'un désaccord avec F_____ sur la gestion de la société et en particulier le règlement des créances à ses yeux non contestables. Enfin – et il s'agit là de l'élément décisif – la renonciation de D_____ à former opposition n'avait nullement pour objectif de priver la plaignante de la possibilité de s'opposer à la poursuite et de favoriser ainsi le poursuivant puisque, le 22 janvier 2018 déjà, soit sept jours avant la fin du délai prévu par l'art. 74 al. 1 LP, il a communiqué par courriel à F_____ une copie du commandement de payer, mettant ainsi ce dernier, titulaire de la signature individuelle, en mesure de former opposition. La notification du commandement de payer intervenue le 19 janvier 2018 ne souffre ainsi d'aucun vice.

E. 2.4

A supposer même que la notification du commandement de payer eût été entachée d'un vice susceptible d'entraîner sa nullité, sous la forme d'un conflit d'intérêts en la personne de l'organe en mains duquel il a été remis, il aurait fallu constater que ce vice avait été guéri par la transmission de l'acte, en temps utile, à

- 11/14 -

A/2589/2018-CS un autre organe ne se trouvant pas dans une telle situation de conflit et en mesure d'agir. Il a en effet été établi par l'audition de D_____ et par la production par ce dernier d'une copie de son courriel du 22 janvier 2018 que l'acte avait été communiqué à cette date à F_____, président du Conseil d'administration de la plaignante et titulaire de la signature individuelle. Certes, la plaignante a allégué dans ses requête de restitution de délai et plainte que F_____ n'avait eu connaissance du commandement de payer litigieux qu'en juillet 2018, ce que ce dernier a confirmé lors de son audition. Dans ses dernières écritures datées du 12 décembre 2018, postérieures aussi bien à l'audition de D_____ qu'à la production du courriel du 22 janvier 2018, la plaignante n'a toutefois contesté ni que ce courriel et ses annexes aient bien été envoyés à la date mentionnée, ni qu'ils aient été reçus à cette même date, étant précisé qu'il ressort des pièces du dossier que l'adresse électronique mentionnée était effectivement utilisée par F_____. La plaignante n'a pas davantage expliqué pour quelle raison F_____ n'aurait pris connaissance que tardivement du courriel reçu le 22 janvier 2018. La plaignante ne s'est pas davantage déterminée sur l'allégation du poursuivant selon laquelle il avait adressé à F_____ par courriel le 3 janvier 2018 une copie de son courrier du même jour à l'Office, relatif à l'introduction d'une poursuite, pourtant de nature à rendre ce dernier plus vigilant au risque qu'un acte de poursuite soit notifié à la société et lui soit communiqué par D_____. Non contestée, la réception par

F_____ du courriel du 22 janvier 2018 et de ses annexes est par ailleurs cohérente avec le fait qu'il ait mandaté le lendemain, pour lui-même et pour la plaignante, un avocat à Genève. Les éléments de preuve figurant au dossier, ajoutés à l'absence de dénégations et d'explications de la part de la plaignante, conduisent ainsi la Chambre de céans à retenir en fait, contrairement aux allégations de la plaignante, qu'une copie du commandement de payer litigieux a été communiquée le 22 janvier 2018 déjà à F_____, lequel aurait ainsi été en mesure de former opposition en temps utile.

E. 3

n° 21 ss; KREN-KOSTKIEWICZ, *Zustellung von Betreuungsurkunden*, in *BISchK* 1996, p. 201 ss, 204; DONZALLAZ, *La notification en droit interne suisse*, 2002, p. 212 s. n° 378 s.).

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, in *JT* 1994 II 119; 117 III 10 précité 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 (ATF 134 III 112 consid. 3.1, in *JT* 2008 II 75; JAUQUES, *De la notification des actes de poursuite*, in *BISchK* 2011, pp. 177 ss., § 4.3).

A titre subsidiaire, en cas d'échec de la tentative de notification à l'une des personnes mentionnées à l'art. 65 al. 1 ch. 2 LP, l'acte de poursuite peut être notifié à un employé de la débitrice se trouvant dans les locaux de cette dernière (art. 65 al. 2 LP; ATF 117 III 10 consid. 5a). Par employé, il faut entendre toute personne au service de la débitrice et qui lui est subordonnée, même si elle déploie son activité à titre bénévole (JEANNERET/LEMBO, *CR LP*, N 25 ad art. 64 LP). La notification est aussi valable si elle est faite en mains d'un employé d'une

- 9/14 -

A/2589/2018-CS autre société exerçant son activité dans les mêmes locaux (ATF 96 III 4 consid. 1).

E. 3.1

Le délai prévu par l'art. 74 al. 1 LP peut, sur requête motivée déposée auprès de l'autorité de surveillance dans un délai de dix jours à compter de la disparition de l'empêchement, être restitué aux conditions de l'art. 33 al. 4 LP, soit lorsque le débiteur a été empêché sans sa faute d'agir en temps utile et que l'acte omis est accompli dans un délai égal au délai échu, courant à compter de la disparition de l'empêchement. Pour qu'un empêchement non fautif puisse être retenu, il faut que la partie n'ayant pas respecté le délai se soit trouvée, de manière imprévue et sans aucune faute de sa part, dans l'impossibilité non seulement d'accomplir elle-même l'acte omis mais également de mandater une tierce personne à cette fin (ATF 112 V 255 consid. 2a; 119 II 86 consid. 2a; RUSSENBERGER/MINET, in *KuKo*

SchKG, 2ème édition, 2014, n° 22 ad art. 33 LP; NORDMANN, in Basler Kommentar
- 12/14 -

A/2589/2018-CS SchKG I, n° 11 ad art. 33 LP). Tel sera le cas, par exemple, en cas d'accident, de maladie grave et soudaine, de service militaire, de faux renseignement donné par l'autorité ou encore d'erreur de transmission (NORDMANN, op. cit., n° 11 ad art. 33 LP et références citées; ERARD, in Commentaire romand LP, 2005, n° 22 ad art. 33 LP; arrêt du Tribunal fédéral 5A_231/2012 du 21 mai 2012 consid. 2). Une maladie de courte durée, une absence ou une surcharge de travail ne sont en revanche pas constitutives d'un empêchement non fautif (arrêts du Tribunal fédéral 7B.190/2002 du 17 décembre 2002; 7B.108/2004 du 24 juin 2004 consid. 2.2.1; 7B.64/2006 du 9 mai 2006 consid. 3).

E. 3.2

Dans le cas d'espèce, il a été établi en fait qu'une copie du commandement de payer notifié le 19 janvier 2018 avait été remise le 22 janvier 2018 à F_____, président du Conseil d'administration de la plaignante. Cette dernière n'explique en rien en quoi celui-ci n'aurait pas eu la possibilité de former opposition à la poursuite, étant relevé que, le 23 janvier 2018, soit six jours avant l'expiration du délai prévu par l'art. 74 al. 1 LP, il a mandaté un avocat pour défendre les intérêts de la plaignante.

Aucun empêchement non fautif n'étant même invoqué, la demande de restitution de délai ne peut ainsi qu'être rejetée.

E. 4.1

Selon l'art. 74 al. 1 LP, le débiteur poursuivi qui entend former opposition doit, verbalement ou par écrit, en faire la déclaration immédiate à celui qui lui remet le commandement de payer ou à l'Office dans les dix jours de la notification.

E. 4.2

Il est constant en l'espèce que la plaignante n'a formé opposition auprès de l'Office que le 24 juillet 2018, soit bien après l'expiration du délai prévu par l'art. 74 al. 1 LP. Le rejet de la demande de restitution du délai pour former opposition entraîne ainsi celui de la plainte contre la décision rendue le 26 juillet 2018 par l'Office, refusant de prendre en considération ladite opposition.

E. 5

L'intimé sollicite le prononcé de sanctions disciplinaires à l'encontre du conseil de la plaignante en raison des termes et expressions inutilement blessants utilisés par ce dernier dans ses écritures, en particulier dans celles datées du 12 décembre 2018.

Il résulte toutefois de la jurisprudence relative à l'art. 128 CPC (ATF 141 III 265 consid. 5.2) que de telles sanctions prononcées à l'encontre d'une partie ou de son conseil doivent en principe être précédées d'un avertissement, qui n'a pas été délivré en l'espèce.

L'une des conditions au prononcé de sanctions disciplinaires par l'autorité de jugement faisant ainsi défaut, la Chambre de céans renoncera à examiner si, comme le soutient l'intimé, les formulations utilisées par le conseil de la plaignante excèdent les limites de la critique acceptable, celui-là demeurant libre de saisir la Commission du barreau.

- 13/14 -

A/2589/2018-CS

E. 6

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 aucuns dépens dans cette procédure (art. 62 al. 2 OELP).

* * * * *

- 14/14 -

A/2589/2018-CS PAR CES MOTIFS, La Chambre de surveillance : A la forme : Déclare recevables la demande de restitution du délai pour former opposition et la plainte formées respectivement les 27 et 31 juillet 2018 par A_____SA. Au fond : Les rejette. Siégeant : Monsieur Patrick CHENAUX, président; Madame Marilyn NAHMANI et Monsieur Christian CHAVAZ, juges assesseur(e)s; Madame Sylvie SCHNEWLIN, greffière.

Le président :

Patrick CHENAUX

La greffière :

Sylvie SCHNEWLIN

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.