

# **GE\_GERICHTE DCSO/96/2011 vom 16. Dezember 2010**

GE Cour de justice, 2010-12-16, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_DCSO\\_96\\_2011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_DCSO_96_2011)

FR: GE\_GERICHTE DCSO/96/2011 du 16 décembre 2010

IT: GE\_GERICHTE DCSO/96/2011 del 16 dicembre 2010

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

L'Autorité de surveillance est compétente pour statuer sur les plaintes formées en application de la LP (art. 13 LP ; art. 125 et 126 LOJ ; art. 6 al. 1 et 3 et 7 al. 1 LaLP) contre des mesures non attaquables par la voie judiciaire (art. 17 al. 1 LP). La plainte doit être déposée dans les dix jours de celui où le plaignant a eu connaissance de la mesure (art. 17 al. 2 LP).

### **E. 1.2**

Les cantons sont compétents pour organiser la procédure de plainte. Les règles qu'ils édictent à cette fin ne doivent rien renfermer de contraire à la lettre et à l'esprit des assez nombreuses règles que comporte le droit fédéral en la matière (art. 20a al. 3 LP ; Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 20a n° 9 ss et 147 ss ; Flavio Cometta, in SchKG I, ad art. 20a n° 2 ss et 48 ; Franco Lorandi, *Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit. Kommentar zu den Artikeln 13-30 SchKG*, ad art. 20a n° 92 ss).

Selon l'art. 9 al. 1 et 2 LaLP, les plaintes à l'Autorité de céans doivent être formulées par écrit, être rédigées en français, être accompagnées des pièces auxquelles elles renvoient, et être suffisamment motivées. Il est conforme à l'esprit du renvoi que l'art. 9 al. 4 LaLP fait à la LPA d'exiger par ailleurs que les plaintes, ne serait-ce qu'implicitement, désignent la mesure attaquée et comportent les conclusions du plaignant (art. 65 al. 1 LPA).

Cela étant, l'autorité de surveillance n'en doit pas moins interpréter, rectifier ou corriger les conclusions prises et peut tenir compte de conclusions implicites (Pauline Erard, in CR-LP, ad art. 17 n° 33 ; Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 18 n° 63 et ad art. 20a n° 71 in fine). Dans cette mesure et sous réserve de l'art. 22 LP, les art. 20a al. 2 ch. 3 LP et 69 al. 1 LPA ne lui font qu'interdiction de statuer ultra ou extra petita, soit d'allouer au plaignant davantage ou autre chose que ce qu'il réclame, respectivement de réformer la décision de l'Office in pejus, soit au détriment du plaignant (Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 20a n° 70 ss ; cf. ég. Franco Lorandi, *Kommentar zu den Art. 13-30 SchKG*, ad art. 20a n° 48 ss, 135).

### **E. 1.3**

En l'espèce, l'Autorité de céans retient, à teneur de l'acte que la plaignante a rédigé sans l'assistance d'un avocat, que sa plainte a pour objet la commination de faillite dont elle demande l'annulation au motif que le commandement de payer a été notifié à une personne qui n'était pas autorisée à former opposition - elle invoque donc implicitement un vice dans sa notification - et qu'elle contient, par ailleurs, une requête en restitution du délai pour former opposition.

La commination de faillite ayant été notifiée le 17 janvier 2011, la plainte, postée le 22 suivant, a été formée en temps utile et la plaignante, poursuivie, a qualité pour agir par cette.

- 4/7 -

A/216/2011-AS

Elle sera donc déclarée recevable.

### **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 (art. 64 ss LP ; Roland Ruedin, in CR-LP, ad art. 72 n° 2 ; Karl Wüthrich / Peter Schoch, in SchKG I, ad art. 72 n° 11 s. ; Walter A. Stoffel, Voies d'exécution, § 3 n° 20 ss ; Jolanta Kren-Kostkiewicz, Zustellung von Betreibungsurkunden, in BLSchK 1996, p. 201 ss, 204).

### **E. 2.2**

L'art. 65 al. 1 ch. 2 LP prescrit que lorsque la poursuite est dirigée contre une personne morale ou une société, les actes de poursuites sont notifiés à son représentant, à savoir à un membre de l'administration ou du comité, à un directeur ou à un fondé de procuration, s'il s'agit, en particulier d'une société anonyme (art. 718 ss CO).

En vertu de l'art. 65 al. 2 LP, le commandement de payer peut être notifié, en l'absence d'un représentant autorisé d'une société anonyme, à un employé de celle-ci.

### **E. 2.3**

En l'occurrence, il est constant que le commandement de payer a été notifié à l'endroit où la plaignante exerce son activité professionnelle, en mains d'un employé de la société anonyme.

Il s'ensuit que cette notification, intervenue le 23 novembre 2010, ne souffre d'aucun vice et qu'elle fixe le dies a quo du délai pour porter plainte ou pour former opposition (art. 74 al. 1 LP), même si le commandement de payer est parvenu à la connaissance de la poursuivante ultérieurement.

### **E. 2.4**

A qualité pour former opposition toute personne compétente au sens des art. 64 al. 1 et 2 et 65 al. 2 LP, à laquelle le commandement de payer a été notifié. L'argument de la plaignante, selon lequel seul son administrateur avait cette qualité, doit en conséquence être rejeté. Le délai pour former opposition expirait donc le 3 décembre 2010 (art. 31 LP ; art. 142 al. 1 CPC). Seule une notification irrégulière a, en effet, pour conséquence que le délai commence à courir du moment où le poursuivi a eu effectivement connaissance de l'acte (arrêt 5A\_6/2008 du 5 février 2008 ; ATF 128 III 101 consid. 2, JdT 2002 II 23 ; ATF 120 III 114 consid. 3b, JdT 1997 II 50).

- 5/7 -

A/216/2011-AS Dès lors, c'est à bon droit que l'Office a, par décision datée du 16 décembre 2010, dont la plaignante a eu connaissance le 27 suivant, refusé de tenir compte de

l'opposition formée le 6 décembre 2010. Cette décision, contre laquelle la plaignante n'a pas porté plainte, est entrée en force et c'est à bon droit que l'Office, requis de continuer la poursuite, lui a fait notifier, le 17 janvier 2011, une commination de faillite (art. 39 al. 1 ch. 8 LP).

### **E. 3.1**

En vertu de 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 (Pierre- Robert Gilliéron, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 4ème éd., n° 707). Cette disposition est applicable à la restitution du délai de dix jours pour former opposition à un commandement de payer (art. 74 al. 1 LP ; Carl Jaeger / Hans Ulrich Walder / Thomas M. Kull / Martin Kottmann, in SchKG, ad art. 33 n° 18 ; RJN 2006 265-271).

Objectivement, l'art. 33 al. 4 LP ne s'applique que si le délai est échu, ce qui suppose qu'il a valablement couru, soit, en d'autres termes, que l'empêchement d'agir n'est pas dû à une communication irrégulière.

Les conditions subjectives de la restitution d'un délai sont au nombre de trois : l'intéressé doit déposer une requête motivée dans un délai égal au délai échu et courant dès la fin de l'empêchement non fautif, accomplir simultanément la procédure concernée par le délai dont la restitution est demandée et justifier d'un empêchement non fautif.

### **E. 3.2**

En l'espèce, le commandement de payer a été valablement notifié (cf. consid. 2.).

La plaignante a formé opposition le 6 décembre 2010. Elle devait donc déposer sa requête en restitution du délai auprès de l'Autorité de céans le même jour, ou, au plus tard le 15 suivant si l'on admet que l'empêchement non fautif a pris fin le 5 décembre 2010.

Il s'ensuit que la présente requête, formée le 22 janvier 2011, est tardive.

### **E. 3.3**

Cela étant, force est de retenir qu'en tout état la condition d'un empêchement non fautif n'est pas réalisée.

Selon la jurisprudence, il faut entendre par empêchement non fautif, non seulement l'impossibilité objective, comme la force majeure, mais aussi l'impossibilité subjective due à des circonstances personnelles ou à une erreur

- 6/7 -

A/216/2011-AS excusables. Parmi les exemples d'empêchement non fautif, on trouve l'incapacité passagère de discernement, un accident ou une maladie subite et grave, un renseignement erroné donné par l'autorité compétente au sujet des voies de droit, une erreur provoquée par une décision peu claire. En revanche, une absence momentanée ou une brève maladie ne constitue pas un motif de restitution du délai (cf. Jean-François Poudret, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, Stampfli 1990, vol. I, ad art. 35 p. 247 et ss.). En outre, il n'y a pas de restitution du délai lorsque l'inobservation de celui-ci est due à une faute d'un employé ou d'un auxiliaire de la partie ou de son mandataire, quand

bien même cet employé ou auxiliaire aurait reçu des instructions claires et que la partie ou le mandataire aurait satisfait à son devoir de diligence. Une pratique plus souple pourrait pousser les parties à multiplier les auxiliaires afin de s'exonérer de leur responsabilité quant à l'observation des délais judiciaires. Par ailleurs, l'application des motifs exonérant la responsabilité de l'employeur selon l'art. 55 CO est exclue (ATF 114 Ib 67 consid. 2c et d ; 107 Ia 168 consid. 2a ; arrêt 1P.603/2001 du 1er mars 2002 consid. 2.2 et 2.3 ; arrêt 5A\_30/2010 du 30 mars 2010 consid. 4.1 et les références citées).

En l'espèce, la plaignante se limite à alléguer que son administrateur était absent pour des raisons professionnelles.

Or, comme rappelé ci-dessus, son employé, auquel le commandement de payer a été valablement notifié, avait qualité pour faire opposition et il incombait à l'administrateur de la poursuivre de l'instruire sur la conduite à tenir en cas de notification d'actes de poursuites. Au demeurant, l'intéressé ne prétend pas que son absence l'empêchait d'être en contact téléphonique avec ses employés (cf. arrêt 5A\_271/2007 du 24 janvier 2008 consid. 5 ; BISchK 2004 93).

#### **E. 4**

Des considérants qui précèdent, il s'ensuit que tant la plainte dirigée contre la commination faillite que la requête en restitution du délai pour former opposition au commandement de payer, poursuite n° 10 xxxx54 L, doivent être rejetées.

\* \* \* \* \*

- 7/7 -

A/216/2011-AS PAR CES MOTIFS, L'Autorité de surveillance : A la forme : Déclare recevable la plainte formée par Y\_\_\_\_\_ SA contre la commination de faillite, poursuite n° 10 xxxx54 L. Au fond : La rejette. Rejette la requête en restitution du délai pour former opposition au commandement de payer, poursuite n° 10 xxxx54 L. Déboute les parties de toutes autres conclusions. Siégeant : Madame Ariane WEYENETH, présidente ; Messieurs Philipp GANZONI et Philippe VEILLARD, juges assesseurs ; Madame Véronique PISCETTA, greffière.

La présidente : Ariane WEYENETH

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 l'Autorité 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.