

NE_GERICHTE ASSLP.2022.7 vom 1. November 2022

NE Tribunal cantonal, 2022-11-01, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_ASSLP.2022.7

FR: NE_GERICHTE ASSLP.2022.7 du 1 novembre 2022

IT: NE_GERICHTE ASSLP.2022.7 del 1 novembre 2022

Erwägungen

E. 1

Interjeté dans les formes et délai légaux, le recours est recevable.

E. 2

L'article 17 al. 1 LP prévoit que, sauf dans les cas où la loi prescrit la voie judiciaire, il peut être porté plainte à l'autorité de surveillance lorsqu'une mesure de l'office est contraire à la loi ou ne paraît pas justifiée en fait. 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. 3

a) Selon la jurisprudence et la doctrine, le cessionnaire d'une créance en poursuite prend la position procédurale du cédant ; il acquiert la légitimation pour procéder et peut ainsi continuer la poursuite au stade où elle en était arrivée, désormais à son propre nom ; les droits résultant de la poursuite (« *Betreibungsrechtlichen Befugnisse* ») sont considérés comme des droits « de préférence et des droits accessoires », qui, en cas de cession au sens de l'article 170 CO (à l'exception de ceux qui sont liés de manière inaliénable au cédant) passent à l'acquéreur (ATF 140 III 372 cons. 3.3.1, 103 II 75 cons. 3, 91 III

E. 7

). b) En vertu de l'article 77 al. 1 LP, si le créancier change au cours de la procédure de poursuite, le débiteur poursuivi peut former opposition jusqu'à la distribution des deniers ou jusqu'à la déclaration de faillite. Conformément à l'article 77 al. 2 LP, le poursuivi doit former opposition devant le juge du for de la poursuite par des conclusions écrites et motivées dans les dix jours à compter de celui où il a eu connaissance du changement de créancier en rendant vraisemblables les exceptions opposables au nouveau créancier. L'opposant doit articuler dans son écriture et rendre vraisemblables les moyens de contestations qui se sont révélés seulement à la suite du transfert de la prétention déduite en poursuite (par exemple la validité du transfert) ou en la personne du nouveau créancier poursuivant (par exemple la compensation) (Gilliéron, in Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, 2003, n. 28 et 32 ad art. 77 LP). Tout changement de poursuivant doit être annoncé et documenté auprès de l'office des poursuites, qui procède à un examen sommaire de la situation (ATF 91 III 7 ; Ruedin, in Commentaire romand Poursuite et faillite – Commentaires de la loi de la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi sur le droit international privé, 2005, n. 22 ad art. 77 LP ; Bessenich/Fink, in Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2021, n. 13 ad art. 77 LP). Le devoir d'examen de l'office des poursuites se limite aux défauts évidents, clairs et incontestables des documents présentés pour prouver un changement de créancier, par exemple, en cas de cession, la question de la forme écrite. Pour les autres défauts, seuls les tribunaux sont compétents (ATF 91 III 7 ; Bessenich/Fink

, op. cit., n. 13 ad art. 77 LP et les références citées). L'office des poursuites avise le débiteur de tout changement de créancier (art. 77 al. 5 LP). Cet avis, adressé sous pli recommandé ou contre avis, fait partir le délai de l'article 77 al. 2 LP si le poursuivi n'a pas déjà été avisé d'une autre manière du changement de créancier (Gilliéron, op. cit., n. 47 ad art. 77 LP). Si l'office refuse de reconnaître le nouveau poursuivant, il doit en aviser le débiteur, afin qu'il puisse recourir auprès de l'autorité de surveillance. A l'inverse, la reconnaissance d'un nouveau poursuivant manifestement insuffisante peut également faire l'objet d'une plainte par la personne poursuivie. Une plainte n'aboutira toutefois que si l'office des poursuites a pris une décision erronée dans le cadre de son pouvoir de cognition ou s'il a interprété son pouvoir de cognition de manière trop large (Bessenich/Fink, op. cit., n. 14 ad art. 77 LP et les références citées, Ruedin, op. cit., n. 22 et 23 ad art. 77 LP). c) La voie judiciaire n'est exclusive de la plainte que dans la mesure où la personne concernée fait valoir un moyen de droit matériel dont seul le juge peut connaître à titre préjudiciel ou sur le fond. La voie judiciaire et la voie de la plainte peuvent être ouvertes concurremment contre un même acte de poursuite selon les moyens invoqués (Gilliéron, op. cit., n. 28 et 33 ad art. 17 LP). 4. a) Une décision nulle ne sortit aucun effet juridique. Dès lors, pour s'opposer à la continuation de la poursuite, le poursuivi peut par exemple invoquer la nullité de la décision présentée comme titre de mainlevée définitive. En effet, cette nullité doit être constatée d'office, en tout temps et par toutes les autorités chargées d'appliquer le droit, y compris dans la procédure de mainlevée d'opposition (ATF 133 II 366 cons. 3.1, 129 I 361 cons. 2; arrêts du TF du 23.01.2020 [5A_567/2019] cons. 7.2.1 et du 06.12.2007 [5A_45/2007] cons. 5.2.1, RSPC 2/2008 p. 263). La nullité d'une décision ne peut être retenue qu'à titre exceptionnel, si le vice qui l'affecte est particulièrement grave, s'il est manifeste ou du moins facilement décelable et si, de surcroît, la sécurité du droit n'est pas sérieusement mise en danger par l'admission de la nullité. De pareils motifs résident dans l'incompétence qualifiée (fonctionnelle ou matérielle) de l'autorité ou la violation grossière de règles de procédure; en particulier, l'incompétence ne peut être invoquée si la décision émane d'une autorité qui a un pouvoir général de décision dans le domaine concerné. Des vices de fond ne conduisent qu'exceptionnellement à la nullité. La nullité ne peut pas être reliée à un critère formel mais ne peut être admise que lorsque le bien juridique touché présente une valeur particulièrement élevée. Si une décision ou une ordonnance est nulle, elle n'existe pas (ou seulement en apparence) et n'a aucun effet juridique. Elle ne peut donc pas non plus servir de titre de mainlevée. La personne concernée peut invoquer la nullité à tout moment; le fait d'attendre ne doit pas encore être considéré comme un abus de droit, sauf si, malgré la connaissance du vice, plusieurs années se seraient écoulées sans que l'on en profite et qu'il faille protéger la confiance de tiers de bonne foi dans une situation restée longtemps non contestée (arrêts du TF du 23.01.2020 [5A_567/2019] cons. 7.2 et du 06.12.2007 [5A_45/2007] cons. 5.2.1, RSPC 2/2008 p. 263, et les références citées). b) Le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de décider que la désignation inexacte, voire totalement fautive, ou incomplète d'une partie entraîne la nullité de la poursuite lorsqu'elle était de nature à induire les intéressés en erreur et que tel a effectivement été le cas. Si ces conditions ne sont pas réalisées et que la partie qui fait état de la désignation vicieuse n'a pas été lésée dans ses intérêts, la poursuite ne sera pas annulée; on se bornera à ordonner, en cas de besoin, que les actes de poursuite déjà établis soient rectifiés ou complétés (ATF 102 III 133, cons. 2a, JT 1978 II p. 62, 114 III 62 cons. 1, 120 III

et les références citées; RJN 1991 p. 248 cons. 2b). Ainsi, selon le Tribunal fédéral, doit être annulée la poursuite introduite par un créancier qui emploie un faux nom ou dont la désignation est imprécise, quand, de ce fait, le débiteur n'est pas au clair sur l'identité réelle du poursuivant. En revanche, le moyen tiré de la nullité d'une poursuite pour cause de désignation inexacte du créancier ne peut plus être invoqué lorsque l'équivoque a été dissipée par la suite et que le poursuivi n'a pas subi de préjudice. Si la désignation défectueuse du créancier permet de reconnaître sans plus le véritable créancier, l'acte doit être rectifié et la poursuite continuée (ATF 102 III 133 cons. 2a et les références citées). 5. En droit suisse, les fonds immobiliers ouverts peuvent revêtir deux formes, soit la forme d'un fonds de placement contractuel (art. 25 ss LPCC et 35 ss OPCC) ou celle d'une société d'investissement à capital variable (SICAV) (art. 36 ss LPCC et 51 ss OPCC). a) Un fond de placement contractuel est fondé sur un contrat de placement collectif par lequel la direction s'engage à faire participer les investisseurs au fonds de placement proportionnellement aux parts qu'ils ont acquises et à gérer la fortune collective de façon indépendante en son propre nom, conformément aux dispositions du contrat de fonds de placement (art. 25 al. 1 let. a et b LPCC). Les fonds contractuels n'ont par conséquent pas la personnalité juridique puisqu'il s'agit de contrats. Chaque fonds contractuel doit être doté d'une direction de fonds, d'une banque dépositaire et d'un organe de révision (dont le rôle est toutefois très limité en matière immobilière) (Abt , in Commentaire de la loi sur les placements collectifs [LPCC], 2012, p. 338 et 339). Le but principal de la direction est de gérer le fonds de placement pour le compte des investisseurs, de façon indépendante et en son propre nom. La gestion, qui porte à la fois sur des aspects décisionnels et sur des aspects administratifs, permet d'influer la nature et la composition de la fortune du fonds en vue d'obtenir un profit ou de l'accroître. Dans le domaine de l'immobilier, les décisions portent généralement sur l'obtention d'un rendement, la conservation ou encore l'amélioration de la valeur des immeubles (p.ex. location, maintenance, acquisition ou aliénation des valeurs immobilières directes ou opérations de pension, prêt, achat ou vente de valeurs immobilières indirectes). Les tâches administratives toucheront la gérance de valeurs immobilières directes (encaissement des loyers, règlement de conflits relevant du droit du bail, établissement du décompte des charges, travaux d'entretien ou de rénovation, etc.) et celle de valeurs immobilières indirectes (encaissement des dividendes, exercice des droits sociaux, etc.), ainsi que les actes administratifs liés au placement collectif (comptabilité de la fortune sous gestion, etc.) (Abt , in op. cit., p. 342 et les références citées). Comme la direction du fonds de placement doit agir dans l'intérêt du fonds, elle ne peut pas disposer librement de son droit de propriété. Pour cette raison, sa propriété est qualifiée de fiduciaire (arrêt du TF du 28.03.2022 [2C_624/2021] cons. 4.2 et les références citées). La direction de fonds est ainsi inscrite au registre foncier en qualité de propriétaire des immeubles avec une annotation mentionnant le fonds immobilier dont ils constituent un des actifs (Abt , Les fonds immobiliers en Suisse aperçu général, SZW/RSDA 3/2010 p. 216, p. 220). b) Quant à la SICAV, elle est l'une des nouvelles formes de placements collectifs de capitaux introduites en droit suisse par la LPCC. Elle est un organisme de placements collectifs sous forme de société de droit suisse. La SICAV est régie principalement par les dispositions de la LPCC (art. 36 ss LPCC et 51 ss OPCC) et, subsidiairement, par les dispositions du CO sur la société anonyme. La SICAV est une société sui generis et donc dotée de la personnalité juridique ; elle doit requérir une autorisation (art. 13 al. 2 let. b LPCC) et obtenir l'approbation de ses statuts et de son règlement de placement (art. 15 al. 1 let. b LPCC). La SICAV est inscrite au registre du

commerce lorsqu'elle obtient son autorisation. Elle peut agir en son nom et sous sa raison de commerce qui doit contenir la désignation de sa forme juridique ou son abréviation (art. 38 al. 1 LPCC). La SICAV a pour unique but la gestion collective de capitaux (art. 36 al. 1 let. d LPCC). Elle ne peut gérer que sa fortune propre ou celle de son compartiment (art. 52 OPCC). Contrairement à une direction de fonds, qui peut fournir d'autres services, notamment de gestion de fortune, de conseil en placement ou encore de garde et d'administration technique de placements collectifs, il est expressément prohibé à la SICAV d'exercer des activités annexes (Schubiger et Abt, in Commentaire de la loi sur les placements collectifs [LPCC], p. 143 et 345 s. et les références citées). La SICAV dispose nécessairement de trois organes, soit l'assemblée générale des actionnaires en tant qu'organe suprême, le conseil d'administration et la société d'audit (art. 50, 51 et 52 LPCC). Le conseil d'administration assure notamment l'administration de la société (art. 64 al. 1 let. f OPCC). Il peut déléguer la direction des affaires et la représentation à certains de ses membres ou à des tiers, entièrement ou partiellement, à condition que les statuts l'y autorisent et que les détails soient réglés dans le règlement d'organisation (art. 51 al. 2 LPCC) soumis à l'approbation de la FINMA. Il existe des SICAV autogérées, qui assurent l'administration elles-mêmes, et des SICAV à gestion externe qui délèguent notamment l'administration, y compris la distribution, à une direction suisse autorisée (art. 51 al. 5 LPCC et 51 OPCC). La délégation s'effectue sur la base d'un contrat de délégation écrit (art. 65 al. 1 OPCC) qui doit être soumis à la FINMA. c) En vertu de l'article 95 LPCC, les restructurations suivantes de placements collectifs ouverts sont autorisées : le regroupement par transfert des valeurs patrimoniales et des engagements (al. 1 let. a) ; la transformation d'un placement collectif en une autre forme juridique (al. 1 let. b) et, pour les SICAV, le transfert de patrimoine au sens des articles 69 à 77 de la loi du 3 octobre 2003 sur la fusion (al. 1 let. c). Une restructuration selon l'alinéa 1 lettres b et c ne peut être inscrite au registre du commerce qu'après l'approbation de la FINMA. Cet article de la LPCC permet de manière générale les restructurations de placements collectifs ouverts. Il est ainsi possible de transformer un fonds contractuel en SICAV au sens du droit des sociétés et inversement ou encore de regrouper un fonds contractuel et une SICAV (Hari, Transformation d'une SICAF en SICAV et numerus clausus de la loi sur les fusions : lacune ou silence qualifié ?, in : GesKR 2014 p. 527, p. 532). 6. a) En l'espèce, une décision de mainlevée a été rendue par l'ARMC le 18 octobre 2021 en faveur de X. _____ SA. En revanche, la continuation de la poursuite a été demandée – la dernière fois – par C. _____. Le créancier a donc changé en cours de la procédure, de sorte que le poursuivi pouvait déposer, dans les 10 jours, une plainte au sens de l'article 17 LP en rendant vraisemblables les exceptions opposables au nouveau créancier. Il a ainsi fait valoir, dans sa plainte du 8 avril 2022, que la réquisition de continuer la poursuite ne pouvait être demandée par C. _____ dans la mesure où, d'une part, il s'agissait d'un fonds de placement qui n'avait pas la qualité pour introduire une poursuite ou en requérir la continuation et, d'autre part, il n'y avait pas eu de cession de créance entre X. _____ SA et cette société. b) Il a également fait valoir, dans le cadre de son opposition, que l'arrêt de l'ARMC du 18 octobre 2021 a été rendu à l'encontre d'une société qui n'existait plus, soit qui avait été radiée du registre du commerce en juin 2021, et que partant il devait être déclaré nul. Un titre de mainlevée étant ainsi manquant, l'office des poursuites ne pouvait, selon lui, admettre la réquisition de continuer la poursuite. Le poursuivi pouvant invoquer la nullité d'une décision présentée comme titre de mainlevée en tout temps et par toutes les autorités chargées d'appliquer le droit (cons. 4 précité), le recourant pouvait faire valoir la nullité d'un arrêt prononçant la mainlevée

provisoire de l'opposition dans sa plainte du 8 avril 2022, respectivement dans son mémoire de recours auprès de la Cour de céans du 1 er juillet 2022. S'il devait être répondu par la positive à la question de savoir si l'arrêt rendu par l'ARMC le 18 octobre 2021 doit être considéré comme nul, les autres griefs du recourant deviendraient sans objet puisque le créancier – peu importe qu'il s'agisse de X._____ SA ou de C._____ – ne bénéficierait plus d'une décision levant l'opposition du poursuivi pour continuer la poursuite. Aussi, s'agit-il de traiter la question de la nullité éventuelle de l'arrêt de l'ARMC en premier lieu.

7. a) Dans le cas présent, le contrat de bail a été conclu entre X._____ SA et A._____, comme bailleurs, et Y._____ Sàrl et B._____, comme locataires. A._____ étant un fonds de placement contractuel, il ne bénéficiait pas de la personnalité juridique. C'est donc X._____ SA, direction du fonds et propriétaire dudit immeuble à titre fiduciaire, qui a entamé à raison les démarches de poursuite. Les 19 et 20 novembre 2020, un contrat régissant la transformation du fonds contractuel précité en compartiment investisseurs de SICAV, au sens de l'article 95 al. 1 let. b LPCC – c'est-à-dire sans transfert de patrimoine ou de succession universelle ou toute autre forme de restructuration au sens de la loi sur les fusions (LFus) – a été signé entre X._____ SA (« la Direction »), C._____, en constitution (« la SICAV ») et la Banque (« la Banque dépositaire ») et approuvé par la FINMA le 1 er avril 2021 avec une entrée en vigueur des modifications du contrat de fonds de placement le 21 avril 2021. La SICAV a été inscrite au registre du commerce le 13 avril 2021. Le fonds contractuel A._____, sans personnalité juridique, a ainsi été transformé en un compartiment investisseurs, dénommé Compartiment investisseurs – A._____ de la société d'investissement à capital variable de droit suisse C._____, société bénéficiant désormais de la personnalité juridique. Il a été prévu que le compartiment investisseurs de la SICAV bénéficiera, à la date effective, de toute la fortune du fonds de placement contractuel et que les immeubles inscrits au nom de la direction du fonds, soit X._____ SA, seront inscrits au nom de la SICAV pour le compartiment concerné aux différents registres fonciers. Comme la liste des immeubles concernés à l'annexe 2 du contrat contient l'immeuble [aaaaa] sis à Z._____ (p. 10), il apparaît que celui-ci est bien passé en main de la SICAV. Il a également été prévu que la SICAV serait à gestion externe et qu'elle déléguerait l'administration, la gestion et la distribution à « la Direction », soit à X._____ SA. Il s'ensuit que, malgré la transformation du fonds de placement contractuel en SICAV, X._____ SA pouvait continuer d'engager la SICAV nouvellement créée.

b) Toutefois, dès le 13, respectivement le 21 avril 2021 – prise en compte de la date de l'inscription au registre du commerce ou prise en compte de l'entrée en vigueur prévue par la FINMA dans son courrier du 1 er avril 2021 –, c'était la société C._____ qui était détentrice de la créance objet de la poursuite no 2020[11111] et non plus X._____ SA, qui dès cette date n'était plus que la représentante de la SICAV. Aussi, quand bien même X._____ SA était capable de représenter la SICAV en tant que « Direction », il n'en demeure pas moins que la désignation de la créancière – soit X._____ SA, à W._____, représentée par D._____ à V._____ – dans la décision sur requête en mainlevée d'opposition du 3 juin 2021 du Tribunal civil et dans le mémoire de recours du 11 juin 2020 était erronée et incomplète. En effet, au vu de la transformation du fonds contractuel en SICAV, la créancière – C._____ – aurait dû être désignée comme telle, avec une mention s'agissant de la représentation effectuée par sa direction, ici X._____ SA. Il est également relevé ici que la transformation du fonds contractuel sans personnalité juridique en une SICAV bénéficiant de la personnalité juridique a délibérément été tue dans le mémoire de recours du 11 juin 2021. En effet, il

n'est fait aucune mention de ce changement juridique, celui-ci étant pourtant capital s'agissant de la créance. De plus, lors de l'arrêt de l'ARMC le 18 octobre 2021, X._____ SA avait été radiée le 21 juin 2021 par suite de fusion, ses actifs et passifs étant repris par E._____ SA. Au vu de ce qui précède, la désignation de la créancière par la mention « X._____ SA » était erronée, à tout le moins dès le 13, respectivement le 21 avril 2021, de sorte que dès cette date le poursuivi n'était pas au clair sur l'identité réelle de son poursuivant. Il n'était en effet pas possible pour celui-ci de reconnaître le véritable créancier dans la mesure où il ignorait tout de la transformation du fonds de placement contractuel en SICAV. En outre, il doit être reconnu que le débiteur a subi un préjudice du fait de la désignation viciée de la créancière. En effet, il a déposé une action en libération de dette le 15 novembre 2021 contre X._____ SA, qui a été considérée comme irrecevable par la Présidente du Tribunal des baux le 4 janvier 2022, celle-ci ayant retenu que l'entité désignée en qualité de partie défenderesse, soit X._____ SA, avait été radiée du registre du commerce le 21 juin 2021 et que, de ce fait, elle n'avait pas la qualité de partie. Or, si le débiteur n'avait pas été induit en erreur par la désignation erronée de la créancière, il aurait agi contre la bonne partie en action en libération de dette, soit C._____, et n'aurait pas vu ladite procédure rayée du rôle. Il peut être précisé ici que C._____ se retrouve dans cette situation par sa seule faute. En effet, elle aurait dû informer le débiteur de la transformation du fonds contractuel en SICAV au printemps 2021 déjà mais au plus tard dans le cadre de son recours déposé le 11 juin 2021. En taisant un fait juridique capital s'agissant du détenteur de la créance, elle devait s'attendre à ce que cela ait, à un moment donné, une répercussion sur la procédure, la sécurité du droit ne pouvant ainsi l'emporter. c) Si les autorités de surveillance ne sont pas habilitées à corriger ou annuler les décisions prises par la voie judiciaire, il leur incombe en revanche de tenir compte de leur irrégularité ou nullité éventuelle, qu'elles peuvent constater à titre préjudiciel, et de tirer les conséquences qui s'imposent pour la poursuite concernée (arrêt du TF du 25.05.2004 [7B.32/2004] cons. 3 et les références citées). Au vu des considérants qui précèdent, il y a lieu de constater que les actes effectués dans la procédure de poursuite no 2020[11111] après le 13, respectivement le 21 avril 2021, ne sont pas conformes aux exigences légales précisées par le Tribunal fédéral quant à la désignation du créancier (cf. cons. 4b), ce qui conduit à constater leur nullité. 8. a) Au vu des considérants qui précèdent, la Cour de céans déclare que la décision sur requête en mainlevée d'opposition rendue par le Tribunal civil du Tribunal régional du Littoral et du Val-de-Travers le 3 juin 2021 et l'arrêt rendu par l'ARMC le 18 octobre 2021 sont nuls. Au vu de cette nullité, la décision de l'AiSLP du 16 juin 2022 confirmant la décision de l'office des poursuites d'admettre la réquisition de continuer la poursuite de C._____ doit être annulée. b) Il est statué sans frais et sans dépens, dès lors que la procédure devant les autorités cantonales de surveillance est gratuite (art. 20a al. 2 ch. 5 LP) et que dans la procédure de plainte, il ne peut être alloué aucuns dépens (art. 62 al. 2 OELP).

E. 28

et 33 ad art. 17 LP).

4.a) Une décision nulle ne sortit aucun effet juridique. Dès lors, pour s'opposer à la continuation de la poursuite, le poursuivi peut par exemple invoquer la nullité de la décision présentée comme titre de mainlevée définitive. En effet, cette nullité doit être constatée d'office, en tout temps et par toutes les autorités chargées d'appliquer le droit, y compris dans la procédure de mainlevée d'opposition (ATF 133 II 366cons. 3.1, 129 I 361cons. 2;

arrêts du TF du 23.01.2020 [5A_567/2019] cons. 7.2.1 et du 06.12.2007 [5A_45/2007] cons. 5.2.1, RSPC 2/2008 p. 263).

La nullité d'une décision ne peut être retenue qu'à titre exceptionnel, si le vice qui l'affecte est particulièrement grave, s'il est manifeste ou du moins facilement décelable et si, de surcroît, la sécurité du droit n'est pas sérieusement mise en danger par l'admission de la nullité. De pareils motifs résident dans l'incompétence qualifiée (fonctionnelle ou matérielle) de l'autorité ou la violation grossière de règles de procédure ; en particulier, l'incompétence ne peut être invoquée si la décision émane d'une autorité qui a un pouvoir général de décision dans le domaine concerné. Des vices de fond ne conduisent qu'exceptionnellement à la nullité. La nullité ne peut pas être reliée à un critère formel mais ne peut être admise que lorsque le bien juridique touché présente une valeur particulièrement élevée. Si une décision ou une ordonnance est nulle, elle n'existe pas (ou seulement en apparence) et n'a aucun effet juridique. Elle ne peut donc pas non plus servir de titre de mainlevée. La personne concernée peut invoquer la nullité à tout moment ; le fait d'attendre ne doit pas encore être considéré comme un abus de droit, sauf si, malgré la connaissance du vice, plusieurs années se seraient écoulées sans que l'on en profite et qu'il faille protéger la confiance de tiers de bonne foi dans une situation restée longtemps non contestée (arrêts du TF du 23.01.2020 [5A_567/2019] cons. 7.2 et du 06.12.2007 [5A_45/2007] cons. 5.2.1, RSPC 2/2008 p. 263, et les références citées).

b) Le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de décider que la désignation inexacte, voire totalement fautive, ou incomplète d'une partie entraîne la nullité de la poursuite lorsqu'elle était de nature à induire les intéressés en erreur et que tel a effectivement été le cas. Si ces conditions ne sont pas réalisées et que la partie qui fait état de la désignation vicieuse n'a pas été lésée dans ses intérêts, la poursuite ne sera pas annulée; on se bornera à ordonner, en cas de besoin, que les actes de poursuite déjà établis soient rectifiés ou complétés (ATF 102 III 133, cons. 2a, JT 1978 II p. 62, 114 III 62 cons. 1, 120 III 11 et les références citées; RJN 1991 p. 248 cons. 2b).

Ainsi, selon le Tribunal fédéral, doit être annulée la poursuite introduite par un créancier qui emploie un faux nom ou dont la désignation est imprécise, quand, de ce fait, le débiteur n'est pas au clair sur l'identité réelle du poursuivant. En revanche, le moyen tiré de la nullité d'une poursuite pour cause de désignation inexacte du créancier ne peut plus être invoqué lorsque l'équivoque a été dissipée par la suite et que le poursuivi n'a pas subi de préjudice. Si la désignation défectueuse du créancier permet de reconnaître sans plus le véritable créancier, l'acte doit être rectifié et la poursuite continuée (ATF 102 III 133 cons. 2a et les références citées).

5. En droit suisse, les fonds immobiliers ouverts peuvent revêtir deux formes, soit la forme d'un fonds de placement contractuel (art. 25 ss LPCC et 35 ss OPCC) ou celle d'une société d'investissement à capital variable (SICAV) (art. 36 ss LPCC et 51 ss OPCC).

a) Un fonds de placement contractuel est fondé sur un contrat de placement collectif par lequel la direction s'engage à faire participer les investisseurs au fonds de placement proportionnellement aux parts qu'ils ont acquises et à gérer la fortune collective de façon indépendante en son propre nom, conformément aux dispositions du contrat de fonds de placement (art. 25 al. 1 let. a et b LPCC). Les fonds contractuels n'ont par conséquent pas la personnalité juridique puisqu'il s'agit de contrats. Chaque fonds contractuel doit être doté d'une direction de fonds, d'une banque dépositaire et d'un organe de révision (dont

le rôle est toutefois très limité en matière immobilière) (Abt, in Commentaire de la loi sur les placements collectifs [LPCC], 2012, p. 338 et 339). Le but principal de la direction est de gérer le fonds de placement pour le compte des investisseurs, de façon indépendante et en son propre nom. La gestion, qui porte à la fois sur des aspects décisionnels et sur des aspects administratifs, permet d'influer la nature et la composition de la fortune du fonds en vue d'obtenir un profit ou de l'accroître. Dans le domaine de l'immobilier, les décisions portent généralement sur l'obtention d'un rendement, la conservation ou encore l'amélioration de la valeur des immeubles (p.ex. location, maintenance, acquisition ou aliénation des valeurs immobilières directes ou opérations de pension, prêt, achat ou vente de valeurs immobilières indirectes). Les tâches administratives toucheront la gérance de valeurs immobilières directes (encaissement des loyers, règlement de conflits relevant du droit du bail, établissement du décompte des charges, travaux d'entretien ou de rénovation, etc.) et celle de valeurs immobilières indirectes (encaissement des dividendes, exercice des droits sociaux, etc.), ainsi que les actes administratifs liés au placement collectif (comptabilité de la fortune sous gestion, etc.) (Abt, in op. cit., p. 342 et les références citées). Comme la direction du fonds de placement doit agir dans l'intérêt du fonds, elle ne peut pas disposer librement de son droit de propriété. Pour cette raison, sa propriété est qualifiée de fiduciaire (arrêt du TF du 28.03.2022 [2C_624/2021] cons. 4.2 et les références citées). La direction de fonds est ainsi inscrite au registre foncier en qualité de propriétaire des immeubles avec une annotation mentionnant le fonds immobilier dont ils constituent un des actifs (Abt, Les fonds immobiliers en Suisse aperçu général, SZW/RSDA 3/2010 p. 216, p. 220).

b) Quant à la SICAV, elle est l'une des nouvelles formes de placements collectifs de capitaux introduites en droit suisse par la LPCC. Elle est un organisme de placements collectifs sous forme de société de droit suisse. La SICAV est régie principalement par les dispositions de la LPCC (art. 36 ss LPCC et 51 ss OPCC) et, subsidiairement, par les dispositions du CO sur la société anonyme. La SICAV est une société sui generis et donc dotée de la personnalité juridique ; elle doit requérir une autorisation (art. 13 al. 2 let. b LPCC) et obtenir l'approbation de ses statuts et de son règlement de placement (art. 15 al. 1 let. b LPCC). La SICAV est inscrite au registre du commerce lorsqu'elle obtient son autorisation. Elle peut agir en son nom et sous sa raison de commerce qui doit contenir la désignation de sa forme juridique ou son abréviation (art. 38 al. 1 LPCC). La SICAV a pour unique but la gestion collective de capitaux (art. 36 al. 1 let. d LPCC). Elle ne peut gérer que sa fortune propre ou celle de son compartiment (art. 52 OPCC). Contrairement à une direction de fonds, qui peut fournir d'autres services, notamment de gestion de fortune, de conseil en placement ou encore de garde et d'administration technique de placements collectifs, il est expressément prohibé à la SICAV d'exercer des activités annexes (Schubiger et Abt, in Commentaire de la loi sur les placements collectifs [LPCC], p. 143 et 345 s. et les références citées).

La SICAV dispose nécessairement de trois organes, soit l'assemblée générale des actionnaires en tant qu'organe suprême, le conseil d'administration et la société d'audit (art. 50, 51 et 52 LPCC). Le conseil d'administration assure notamment l'administration de la société (art. 64 al. 1 let. f OPCC). Il peut déléguer la direction des affaires et la représentation à certains de ses membres ou à des tiers, entièrement ou partiellement, à condition que les statuts l'autorisent et que les détails soient réglés dans le règlement d'organisation (art. 51 al. 2 LPCC) soumis à l'approbation de la FINMA. Il existe des

SICAV autogérées, qui assurent l'administration elles-mêmes, et des SICAV à gestion externe qui délèguent notamment l'administration, y compris la distribution, à une direction suisse autorisée (art.51 al. 5 LPCC et 51 OPCC). La délégation s'effectue sur la base d'un contrat de délégation écrit (art.65 al. 1 OPCC) qui doit être soumis à la FINMA.

c) En vertu de l'article 95 LPCC, les restructurations suivantes de placements collectifs ouverts sont autorisées : le regroupement par transfert des valeurs patrimoniales et des engagements (al. 1 let. a) ; la transformation d'un placement collectif en une autre forme juridique (al. 1 let. b) et, pour les SICAV, le transfert de patrimoine au sens des articles 69 à 77 de la loi du 3 octobre 2003 sur la fusion (al. 1 let. c). Une restructuration selon l'alinéa 1 lettres b et c ne peut être inscrite au registre du commerce qu'après l'approbation de la FINMA. Cet article de la LPCC permet de manière générale les restructurations de placements collectifs ouverts. Il est ainsi possible de transformer un fonds contractuel en SICAV au sens du droit des sociétés et inversement ou encore de regrouper un fonds contractuel et une SICAV (Hari, Transformation d'une SICAF en SICAV et numerus clausus de la loi sur les fusions : lacune ou silence qualifié ?, in : GesKR 2014 p. 527, p. 532).

6.a) En l'espèce, une décision de mainlevée a été rendue par l'ARMC le 18 octobre 2021 en faveur de X. _____ SA. En revanche, la continuation de la poursuite a été demandée la dernière fois par C. _____. Le créancier a donc changé en cours de la procédure, de sorte que le poursuivi pouvait déposer, dans les 10 jours, une plainte au sens de l'article 17 LPen rendant vraisemblables les exceptions opposables au nouveau créancier. Il a ainsi fait valoir, dans sa plainte du 8 avril 2022, que la réquisition de continuer la poursuite ne pouvait être demandée par C. _____ dans la mesure où, d'une part, il s'agissait d'un fonds de placement qui n'avait pas la qualité pour introduire une poursuite ou en requérir la continuation et, d'autre part, il n'y avait pas eu de cession de créance entre X. _____ SA et cette société.

b) Il a également fait valoir, dans le cadre de son opposition, que l'arrêt de l'ARMC du 18 octobre 2021 a été rendu à l'encontre d'une société qui n'existait plus, soit qui avait été radiée du registre du commerce en juin 2021, et que partant il devait être déclaré nul. Un titre de mainlevée étant ainsi manquant, l'office des poursuites ne pouvait, selon lui, admettre la réquisition de continuer la poursuite.

Le poursuivi pouvant invoquer la nullité d'une décision présentée comme titre de mainlevée en tout temps et par toutes les autorités chargées d'appliquer le droit (cons. 4 précité), le recourant pouvait faire valoir la nullité d'un arrêt prononçant la mainlevée provisoire de l'opposition dans sa plainte du 8 avril 2022, respectivement dans son mémoire de recours auprès de la Cour de céans du 1er juillet 2022.

S'il devait être répondu par la positive à la question de savoir si l'arrêt rendu par l'ARMC le 18 octobre 2021 doit être considéré comme nul, les autres griefs du recourant deviendraient sans objet puisque le créancier peu importe qu'il s'agisse de X. _____ SA ou de C. _____ ne bénéficierait plus d'une décision levant l'opposition du poursuivi pour continuer la poursuite. Aussi, s'agit-il de traiter la question de la nullité éventuelle de l'arrêt de l'ARMC en premier lieu.

7.a) Dans le cas présent, le contrat de bail a été conclu entre X. _____ SA et A. _____, comme bailleurs, et Y. _____ Sàrl et B. _____, comme locataires. A. _____ étant un fonds de placement contractuel, il ne bénéficiait pas de la personnalité

juridique. C'est donc X. _____ SA, direction du fonds et propriétaire dudit immeuble à titre fiduciaire, qui a entamé à raison les démarches de poursuite.

Les 19 et 20 novembre 2020, un contrat régissant la transformation du fonds contractuel précité en compartiment investisseurs de SICAV, au sens de l'article 95 al. 1 let. b LPCC c'est-à-dire sans transfert de patrimoine ou de succession universelle ou toute autre forme de restructuration au sens de la loi sur les fusions (LFus) a été signé entre X. _____ SA («la Direction»), C. _____, en constitution («la SICAV») et la Banque («la Banque dépositaire») et approuvé par la FINMA le 1er avril 2021 avec une entrée en vigueur des modifications du contrat de fonds de placement le 21 avril 2021. La SICAV a été inscrite au registre du commerce le 13 avril 2021. Le fonds contractuel A. _____, sans personnalité juridique, a ainsi été transformé en un compartiment investisseurs, dénommé Compartiment investisseurs A. _____ de la société d'investissement à capital variable de droit suisse C. _____, société bénéficiant désormais de la personnalité juridique.

Il a été prévu que le compartiment investisseurs de la SICAV bénéficiera, à la date effective, de toute la fortune du fonds de placement contractuel et que les immeubles inscrits au nom de la direction du fonds, soit X. _____ SA, seront inscrits au nom de la SICAV pour le compartiment concerné aux différents registres fonciers. Comme la liste des immeubles concernés à l'annexe 2 du contrat contient l'immeuble [aaaaa] sis à Z. _____ (p. 10), il apparaît que celui-ci est bien passé en main de la SICAV.

Il a également été prévu que la SICAV serait à gestion externe et qu'elle déléguerait l'administration, la gestion et la distribution à «la Direction», soit à X. _____ SA. Il s'ensuit que, malgré la transformation du fonds de placement contractuel en SICAV, X. _____ SA pouvait continuer d'engager la SICAV nouvellement créée.

b) Toutefois, dès le 13, respectivement le 21 avril 2021 prise en compte de la date de l'inscription au registre du commerce ou prise en compte de l'entrée en vigueur prévue par la FINMA dans son courrier du 1er avril 2021, c'était la société C. _____ qui était détentrice de la créance objet de la poursuite no 2020[11111] et non plus X. _____ SA, qui dès cette date n'était plus que la représentante de la SICAV. Aussi, quand bien même X. _____ SA était capable de représenter la SICAV en tant que «Direction», il n'en demeure pas moins que la désignation de la créancière soit X. _____ SA, à W. _____, représentée par D. _____ à V. _____ dans la décision sur requête en mainlevée d'opposition du 3 juin 2021 du Tribunal civil et dans le mémoire de recours du 11 juin 2020 était erronée et incomplète. En effet, au vu de la transformation du fonds contractuel en SICAV, la créancière C. _____ aurait dû être désignée comme telle, avec une mention s'agissant de la représentation effectuée par sa direction, ici X. _____ SA. Il est également relevé ici que la transformation du fonds contractuel sans personnalité juridique en une SICAV bénéficiant de la personnalité juridique a délibérément été tue dans le mémoire de recours du 11 juin 2021. En effet, il n'est fait aucune mention de ce changement juridique, celui-ci étant pourtant capital s'agissant de la créance. De plus, lors de l'arrêt de l'ARMC le 18 octobre 2021, X. _____ SA avait été radiée le 21 juin 2021 par suite de fusion, ses actifs et passifs étant repris par E. _____ SA.

Au vu de ce qui précède, la désignation de la créancière par la mention «X. _____ SA» était erronée, à tout le moins dès le 13, respectivement le 21 avril 2021, de sorte que dès cette date le poursuivi n'était pas au clair sur l'identité réelle de son poursuivant. Il n'était en effet pas possible pour celui-ci de reconnaître le véritable créancier dans la

mesure où il ignorait tout de la transformation du fonds de placement contractuel en SICAV.

En outre, il doit être reconnu que le débiteur a subi un préjudice du fait de la désignation viciée de la créancière. En effet, il a déposé une action en libération de dette le 15 novembre 2021 contre X. _____ SA, qui a été considérée comme irrecevable par la Présidente du Tribunal des baux le 4 janvier 2022, celle-ci ayant retenu que l'entité désignée en qualité de partie défenderesse, soit X. _____ SA, avait été radiée du registre du commerce le 21 juin 2021 et que, de ce fait, elle n'avait pas la qualité de partie. Or, si le débiteur n'avait pas été induit en erreur par la désignation erronée de la créancière, il aurait agi contre la bonne partie en action en libération de dette, soit C. _____, et n'aurait pas vu ladite procédure rayée du rôle.

Il peut être précisé ici que C. _____ se retrouve dans cette situation par sa seule faute. En effet, elle aurait dû informer le débiteur de la transformation du fonds contractuel en SICAV au printemps 2021 déjà mais au plus tard dans le cadre de son recours déposé le 11 juin 2021. En taisant un fait juridique capital s'agissant du détenteur de la créance, elle devait s'attendre à ce que cela ait, à un moment donné, une répercussion sur la procédure, la sécurité du droit ne pouvant ainsi l'emporter.

c) Si les autorités de surveillance ne sont pas habilitées à corriger ou annuler les décisions prises par la voie judiciaire, il leur incombe en revanche de tenir compte de leur irrégularité ou nullité éventuelle, qu'elles peuvent constater à titre préjudiciel, et de tirer les conséquences qui s'imposent pour la poursuite concernée (arrêt du TF du 25.05.2004 [7B.32/2004] cons. 3 et les références citées).

Au vu des considérants qui précèdent, il y a lieu de constater que les actes effectués dans la procédure de poursuite no 2020[11111] après le 13, respectivement le 21 avril 2021, ne sont pas conformes aux exigences légales précisées par le Tribunal fédéral quant à la désignation du créancier (cf. cons. 4b), ce qui conduit à constater leur nullité.

8.a) Au vu des considérants qui précèdent, la Cour de céans déclare que la décision sur requête en mainlevée d'opposition rendue par le Tribunal civil du Tribunal régional du Littoral et du Val-de-Travers le 3 juin 2021 et l'arrêt rendu par l'ARMC le 18 octobre 2021 sont nuls. Au vu de cette nullité, la décision de l'AiSLP du 16 juin 2022 confirmant la décision de l'office des poursuites d'admettre la réquisition de continuer la poursuite de C. _____ doit être annulée.

b) Il est statué sans frais et sans dépens, dès lors que la procédure devant les autorités cantonales de surveillance est gratuite (art. 20a al. 2 ch. 5 LP) et que dans la procédure de plainte, il ne peut être alloué aucuns dépens (art. 62 al. 2 OELP).

Par ces motifs, L'AUTORITÉ SUPÉRIEURE DE SURVEILLANCE EN MATIÈRE DE POURSUITES ET FAILLITES

1. Déclare nulle la décision sur requête en mainlevée d'opposition rendue par le Tribunal civil du Tribunal régional du Littoral et du Val-de-Travers le 3 juin 2021 et l'arrêt rendu par l'Autorité de recours en matière civile le 18 octobre 2021.

2. Annule la décision de l'Autorité cantonale inférieure de surveillance des offices des poursuites et des faillites du 16 juin 2022.

3. Statue sans frais.

4.N■alloue pas de dépens.

Neuchâtel, le 1er novembre 2022

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