



POUVOIR JUDICIAIRE

A/1438/2020-CS

DCSO/459/20

DECISION

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre de surveillance
des Offices des poursuites et faillites**DU JEUDI 3 DECEMBRE 2020**

Causes jointes (A/1438/2020-CS et A/4_____/2020); plaintes 17 LP formées en date des 20 et 25 mai 2020 par A_____ SARL, élisant domicile en l'étude de Me Michel BOSSHARD, avocat, et en date du 19 juin 2020 par B_____, élisant domicile en l'étude de Me Raphaël REY, avocat.

* * * * *

Décision communiquée par courrier A à l'Office concerné et par pli recommandés du greffier du **3 décembre 2020**
à :

- **A_____ SARL**
c/o Me BOSSHARD Michel
Eardley Avocats
Rue De-Candolle 16
1205 Genève.
 - **B_____**
c/o Me REY Raphaël
Banna & Quinodoz
Rue Verdaine 15
Case postale 3015
1211 Genève 3.
 - **Office cantonal des poursuites.**
-

EN FAIT

- A. a.** B_____ a introduit une poursuite ordinaire contre A_____ SARL en recouvrement d'une créance de 77'000 fr., plus intérêts à 5% dès le 13 octobre 2018, alléguée due au titre de remboursement de prestations en lien avec un contrat passé le 3 mars 2016.

Selon la réquisition de poursuite, la société poursuivie a pour adresse rue 2_____, _____ Genève, tout comme B_____.

- b.** Le commandement de payer, poursuite n° 1_____, édité le 14 novembre 2019, a été notifié dans les locaux sis 2_____ à Genève, le 4 décembre 2019. Il a été réceptionné par "Mme C_____ (la réceptionniste)", soit une employée de B_____.

Aucune opposition au commandement de payer n'a été enregistrée par l'Office cantonal des poursuites (ci-après: l'Office) dans le délai de dix jours.

- c.** B_____ ayant requis la continuation de la poursuite le 7 janvier 2020, la commination de faillite destinée à A_____ SARL a été notifiée le 13 mai 2020 à D_____, rue 3_____, _____ [GE], soit à l'associée gérante de la société selon le registre du commerce de Genève,

- d.** Par courrier du 15 mai 2020, A_____ SARL a déclaré à l'Office qu'elle formait opposition au commandement de payer. Elle n'avait eu connaissance de la poursuite qu'à réception de la commination de faillite, le commandement de payer ayant été notifié à une personne qu'elle ne connaissait pas, probablement une employée de B_____.

- e.** Par décision du 19 mai 2020, l'Office a rejeté l'opposition pour cause de tardiveté, le délai d'opposition ayant expiré le 16 décembre 2019.

- B. a.** Par actes adressés les 20 et 25 mai 2020 à la Chambre de surveillance, A_____ SARL a formé plainte au sens de l'art. 17 LP contre la commination de faillite notifiée le 13 mai 2020 et contre la décision de l'Office du 19 mai 2020 (ces deux plaintes ayant été jointes sous le numéro de cause A/1438/20). Le commandement de payer n'avait pas été valablement notifié de sorte qu'il devait être annulé, tout comme la commination de faillite.

- b.** Dans le délai fixé à l'Office pour se déterminer, celui-ci a rendu le 11 juin 2020 une nouvelle décision, par laquelle il a rejeté la réquisition de continuer la poursuite de B_____, a annulé la commination de faillite et admis l'opposition formée le 15 mai 2020 au commandement de payer, poursuite n° 1_____ par A_____ SARL. La notification du commandement de payer intervenue le 4 décembre 2019 en mains d'une employée de la créancière n'était pas valable.

- c.** Dans sa détermination du 15 juin 2020, B_____ a indiqué que A_____ SARL était la locataire principale de l'Institut de beauté sis 2_____ à Genève, elle-même n'étant que sous-locataire, sous l'enseigne E_____. Elle a admis que le

commandement de payer avait été notifié à son employée, qui avait remis cet acte dans la boîte à lettres de l'Institut, dont la poursuivante possédait un jeu de clés. Le commandement de payer était ainsi parvenu dans la sphère d'influence de A_____ SARL le 4 décembre 2019, de sorte que cette dernière était tenue de former opposition dans les dix jours.

C. a. Par acte adressé le 19 juin 2020 à la Chambre de surveillance, B_____ a formé une plainte au sens de l'art. 17 LP contre la décision de l'Office du 11 juin 2020 (cause A/4_____/2020), concluant à son annulation. Le commandement de payer pouvait valablement être notifié au siège statutaire de la société débitrice, quand bien même cette dernière n'occupait plus les locaux. L'employée de B_____, habilitée à réceptionner le commandement de payer, l'avait ensuite déposé dans la boîte à lettres de l'Institut. C'était ainsi à tort que l'Office avait annulé la commination de faillite.

b. A_____ SARL a conclu à la jonction des plaintes et au rejet de celle de B_____. La notification d'un commandement de payer en mains du créancier poursuivant était nulle. Or, en l'espèce, c'était une employée de la poursuivante qui l'avait réceptionné.

Celle-ci avait du reste attesté par écrit, aux termes d'un courrier du 10 juin 2020, qu'elle avait bien réceptionné le commandement de payer mais qu'elle ne se souvenait plus si elle l'avait ensuite déposé dans la boîte à lettres que A_____ SARL partageait avec B_____ ou si elle l'avait remis à cette dernière B_____, qui était son employeur.

c. L'Office a conclu au rejet de la plainte de B_____. La notification du commandement de payer intervenue le 4 décembre 2019 était viciée, la personne qui l'avait réceptionné n'étant pas une employée de la poursuivie. A_____ SARL avait eu connaissance de la poursuite le 13 mai 2020, à réception de la commination de faillite, de sorte que l'opposition formée le 15 mai 2020 l'avait été en temps utile.

d. Les parties ont été informées le 17 juillet 2020 de ce que l'instruction de la cause était close.

D. a. Le _____ 2020, A_____ SARL a été radiée du registre du commerce en application des articles 938a al. 1 CO et 155 al. 3 ORC. Avant de procéder à la radiation, le Registre du commerce a notamment procédé à trois sommations publiques dans la Feuille officielle suisse du commerce (ci-après : FOSC) les _____, _____ et _____ 2020, en application de l'art. 155 ORC. La radiation a été publiée dans la FOSC le _____ 2020.

b. Par courriers du 31 août 2020, la Chambre de surveillance a attiré l'attention des parties sur la radiation de la société du registre du commerce et les a invitées à se déterminer.

c. L'Office a observé que la radiation d'office de la société débitrice avait pour conséquence sa disparition juridique et entraînait ainsi l'extinction de la poursuite. Les causes devaient donc être rayées du rôle.

d. L'avocat de la société débitrice radiée a fait savoir que "sa mandante" n'entendait pas demander sa réinscription au registre du commerce.

e. B_____ a conclu à la suspension des procédures de plainte pendant une année. Il n'était selon elle pas exclu que l'un des nombreux créanciers de A_____ SARL requière "dans les prochains mois" la réinscription de la société au registre du commerce.

EN DROIT

1. **1.1** L'art. 70 LPA, applicable à la procédure devant la Chambre de surveillance en vertu de l'art. 9 al. 4 LALP, permet, d'office ou sur requête, de joindre deux procédures se rapportant à une situation identique ou à une cause juridique commune.

1.2 Les plaintes déposées les 20 et 25 mai par A_____ SARL et le 19 juin 2020 par B_____ portent en l'espèce sur la même question, à savoir si l'Office devait ou non donner suite à la réquisition de continuer la poursuite déposée le 7 janvier 2020 par la poursuivante, en notifiant une commination de faillite, et, par voie de conséquence, sur la validité de la notification du commandement de payer le 4 décembre 2019 et de l'opposition formée le 15 mai 2020 par la poursuivie. Les causes A/1438/2020 et A/4_____/2020 seront donc jointes sous A/1438/2020.

2. Les plaintes ont été formées auprès de l'autorité compétente (art. 6 al.1 et 3 LaLP, art. 17 al. 1 LP), par des parties lésées dans leurs intérêts (ATF 138 III 219 consid. 2.3; 129 III 595 consid. 3; 120 III 42 consid. 3), dans le délai utile de dix jours (art. 17 al. 2 LP) et selon la forme prescrite 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 LaLP), à l'encontre de mesures de l'office sujettes à plainte.

Elles sont donc recevables.

3. **3.1** Selon l'art. 17 al. 4 LP, en cas de plainte, l'office peut, jusqu'à l'envoi de sa réponse, procéder à un nouvel examen de la décision attaquée; s'il prend une nouvelle mesure, il la notifie sans délai aux parties et en donne connaissance à l'autorité de surveillance. Par réponse au sens de cette disposition, il faut comprendre la détermination de l'office sur le sort devant selon lui être réservé à la plainte, tant sous l'angle de sa recevabilité que de son bien-fondé. Le but de la norme est en effet de permettre à l'office de procéder à un nouvel examen de sa décision, au regard notamment des griefs invoqués par la partie plaignante, et de la reconsidérer si ce nouvel examen le conduit à la conclusion que sa première décision n'était pas conforme au droit ou était inopportune.

Si la décision de reconsidération rendue par l'office conformément à l'art. 17 al. 4 LP satisfait aux conclusions formées par la partie plaignante, la plainte devient sans objet (ATF 126 III 85; ERARD, CR LP, n° 66 ad art. 17 LP) et la cause doit être rayée du rôle.

3.2 En l'occurrence, l'Office, par sa décision datée du 11 juin 2020, est revenu sur ses décisions et mesures antérieures (décision du 19 mai 2020 rejetant l'opposition au commandement de payer pour cause de tardiveté, admission de la réquisition de continuer la poursuite et notification de la commination de faillite). Cette nouvelle décision a été rendue avant que l'Office n'ait déposé sa réponse aux plaintes déposées les 20 et 25 mai par la poursuivie et satisfait aux conclusions formées par cette dernière, de sorte qu'elle rend sans objet lesdites plaintes interjetées par la société débitrice.

Il reste à examiner la plainte de la poursuivante contre la décision de l'Office du 11 juin 2020.

- 4.** Quand bien même au moment du prononcé de la décision entreprise, le 11 juin 2020, la société débitrice n'avait pas encore été radiée du registre du commerce, il se pose la question de savoir si, comme le soutient l'Office, la plainte ne serait pas devenue sans objet, du fait de l'extinction de la poursuite.

4.1.1 La poursuite se continue par voie de faillite lorsque le débiteur est inscrit au registre du commerce notamment comme société à responsabilité limitée (art. 39 ch. 9 LP). Il est déterminant que la société soit inscrite au registre du commerce au moment de la continuation de la poursuite (ACOCELLA, BK SchKG, n° 11 ad art. 39 LP).

Les personnes qui étaient inscrites au registre du commerce et qui ont été rayées demeurent sujettes à la poursuite par voie de faillite durant les six mois qui suivent la publication de leur radiation dans la Feuille officielle suisse du commerce (art. 40 LP). Cette disposition ne s'applique pas à la société anonyme, à la société à responsabilité limitée, à la société coopérative et à la société en commandite par actions qui perdent la personnalité ensuite de leur radiation du registre du commerce (ACOCELLA, BK SchKG, n° 4 ad art. 40 LP; Rigot, CR LP, n° 3 ad art. 40 LP).

Il n'est plus possible de requérir la poursuite ou de continuer la poursuite à l'encontre d'une personne morale qui a perdu la personnalité juridique du fait de sa radiation du registre du commerce (ACOCELLA, BK SchKG, n° 4 ad art. 40 LP).

Une personne morale (ou quasi morale) qui a perdu sa personnalité juridique ou sa capacité d'être sujet d'une poursuite par suite de radiation peut être réinscrite au registre du commerce (ATF 121 III 324/326), avec comme conséquence qu'elle est à nouveau sujette à la poursuite par voie de faillite (ACOCELLA, BK SchKG n° 4 ad art. 40).

4.1.2 A teneur de l'art. 821 al. 1 ch. 4 CO, la société à responsabilité limitée peut être dissoute pour divers motifs prévus dans la loi, parmi lesquels la dissolution sans liquidation prévue par les articles 938a al. 1 CO et 155 ORC (STAÜBLI, BK OR II, 2016, n° 12a ad art. 821 CO).

L'art. 938a CO habilite l'office du registre du commerce à radier d'office une société qui n'exerce plus d'activités et n'a plus d'actifs réalisables. La radiation ne peut intervenir que si une triple "sommation publique" est demeurée sans résultat (art. 938a al. 1 CO). Lorsqu'un associé ou un actionnaire ou encore un créancier fait valoir un intérêt au maintien de l'inscription, il appartient au juge de trancher (art. 938a al. 2 CO).

L'office du registre du commerce somme d'abord l'organe supérieur de direction ou d'administration de la société de requérir la radiation ou de lui communiquer les motifs d'un maintien de l'inscription dans les 30 jours. Il mentionne les dispositions applicables et les conséquences juridiques d'un non-respect de cette obligation (art. 155 al. 1 ORC).

Lorsqu'aucune réquisition n'est déposée ni aucun motif de maintien de l'inscription communiqué dans le délai imparti, il procède à une triple sommation publique dans la Feuille officielle suisse du commerce, dans laquelle les associés et les créanciers sont sommés de faire valoir par écrit dans les 30 jours un intérêt motivé au maintien de l'inscription (art. 155 al. 2 ORC).

Lorsque personne n'a fait valoir d'intérêt au maintien de l'inscription dans les 30 jours à partir de la dernière publication de la sommation, l'office du registre du commerce radie l'entité juridique du registre du commerce (art. 155 al. 3 ORC).

4.2. En l'espèce, la société débitrice a été radiée du registre du commerce, après sommations et publications, en application des art. 938a CO et 155 ORC, et aucune procédure en réinscription n'est en cours à teneur du dossier. En particulier, l'associée gérante de la société a fait savoir qu'elle n'entendait pas requérir la réinscription de la société.

Surtout, la créancière poursuivante n'a pas non plus manifesté l'intention de requérir une telle réinscription ni rendu vraisemblable que d'autres créanciers l'auraient fait.

Il s'ensuit que la poursuivie n'a plus la personnalité juridique, ce qui est de nature à entraîner l'extinction de la poursuite.

- 5.** Par surabondance de moyens, la Chambre de céans relève qu'en tout état de cause la plainte de la poursuivante est infondée, pour les motifs qui suivent.

5.1.1 Selon l'art. 65 al. 1 ch. 2 LP, lorsque la poursuite est dirigée contre une société à responsabilité limitée, les actes de poursuite sont notifiés à son représentant, à savoir un membre de l'administration ou du comité, à un directeur ou à un fondé de procuration, soit toutes les personnes dont les pouvoirs sont inscrits au Registre du commerce (JEANNERET/LEMBO, CR LP, n° 14 ad art. 65

LP). Il est également possible de notifier le commandement de payer à un employé de la société poursuivie (art. 65 al. 2 LP), si le représentant autorisé ne peut être rencontré.

Compte tenu des lourdes conséquences attachées à la notification d'un acte de poursuite, à commencer par le commandement de payer lui-même, le législateur a marqué sa préoccupation de s'assurer que ces actes parviennent entre les mains des personnes habilitées à représenter la personne morale ou la société et légitimées, pour le commandement de payer par exemple, à examiner l'opportunité d'y former opposition en toute connaissance de cause (JEANNERET/LEMBO, *op. cit.*, n. 9 ad art. 65 LP).

Si le créancier qui requiert une poursuite ne désigne pas expressément le nom d'un représentant autorisé à recevoir les actes de poursuites dans sa réquisition adressée à l'office, celui-ci devra rechercher par lui-même les noms des personnes habilitées à représenter la personne morale lorsque celle-ci est inscrite au Registre du commerce. En l'absence d'informations pertinentes au Registre du commerce, l'office ne pourra pas refuser sans autre de donner suite à la réquisition de poursuite; il devra, au préalable, interpeller le créancier pour qu'il complète sa réquisition sur ce point (JEANNERET/LEMBO, *op. cit.*, n. 10 ad art. 65 LP).

5.1.2 L'énumération des représentants habilités à recevoir une poursuite trouve sa limite dans le conflit d'intérêts qui peut survenir, notamment lorsque le représentant est le créancier requérant une poursuite à l'encontre de la personne morale ou de la société (JEANNERET/LEMBO, *op. cit.*, n. 12 ad art. 65 LP et les références).

Il est ainsi inadmissible que 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, Commentaire de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite, 2000, n. 17 ad art. 65 LP 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).

5.2 En l'espèce, il est constant que le commandement de payer n'a pas été notifié à la représentante autorisée de la poursuivie, soit à son associée gérante inscrite au registre du commerce de Genève.

Il est également avéré, la poursuivante ne le conteste pas, que la personne qui a réceptionné le commandement de payer n'est pas une employée de la poursuivie, mais bien de la poursuivante. Il s'ensuit que la notification intervenue le 4 décembre 2019 est viciée. La poursuivante ne saurait être suivie lorsqu'elle affirme que le commandement de payer serait entré le même jour dans la "sphère

d'influence" de la poursuivie. L'employée de la poursuivante n'a en effet pas remis le commandement de payer à la représentante de la société débitrice. Selon ses souvenirs, elle l'aurait tout au plus déposé dans la boîte à lettres de l'Institut, voire l'aurait remis à son employeuse – soit à la poursuivante – ce qui n'est pas admissible.

Il convient ainsi d'admettre que la société poursuivie n'a pas eu connaissance de cette poursuite avant de recevoir la commination de faillite, le 13 mai 2020, de sorte que l'opposition formée le 15 mai 2020 l'a été en temps utile.

5.3. Eu égard à ce qui précède, c'est à juste titre que l'Office a considéré que, le commandement de payer n'étant pas en force au moment du dépôt de la réquisition de continuer la poursuite, il y avait lieu d'annuler la commination de faillite.

La poursuivie ayant été radiée du registre du commerce dans l'intervalle, la continuation de la poursuite par voie de faillite n'entre plus en considération, étant précisé que la plaignante, en sa qualité de créancière, aurait pu requérir la réinscription de la société (art. 155 ORC), ce qu'elle n'a pas fait.

Quand bien même elle aurait conservé un objet, la plainte doit donc être rejetée.

- 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).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre de surveillance :**

A la forme :

Déclare recevables les plaintes formées les 20 et 25 mai 2020 par A_____ SARL contre la commination de faillite et la décision de l'Office cantonal des poursuites du 19 mai 2020 dans la poursuite n° 1 _____ (cause A/1438/20) et la plainte formée le 19 juin 2020 par B_____ contre la décision rendue le 11 juin 2020 par l'Office cantonal des poursuites dans la même poursuite (cause A/4_____/2020).

Ordonne la jonction des causes A/1438/2020 et A/4_____/2020 sous le numéro de cause A/1438/2020.

Au fond :

Déclare sans objet les plaintes formées les 20 et 25 mai 2020 par A_____ SARL.

Rejette la plainte formée le 19 juin 2020 par B_____ dans la mesure où elle a conservé un objet.

Siégeant :

Madame Verena PEDRAZZINI RIZZI, présidente; Madame Natalie OPPATJA et Monsieur Anthony HUGUENIN, juges assesseur(e)s; Madame Christel HENZELIN, greffière.

La présidente :

Verena PEDRAZZINI RIZZI

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.