REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2613/2021-CS **DCSO/42/22**

DECISION

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre de surveillance
des Offices des poursuites et faillites

DU JEUDI 3 FEVRIER 2022

Plainte 17 LP (A/2613/2021-CS) formée en date du 6 août 2021 par **A_____ SARL**, élisant domicile en l'étude de Me Romain JORDAN, avocat.

* * * * *

Décision communiquée par courrier A à l'Office concerné
et par plis recommandés du greffier du **3 février 2022**
à :

- **A_____ SARL**
  c/o Me JORDAN Romain
  Merkt & Associés
  Rue Général-Dufour 15
  Case postale
  1211 Genève 4.

- **B_____**
  c/o Me WASMER Olivier
  Grand'Rue 8
  1204 Genève.

- **Office cantonal des poursuites**.

EN FAIT

A. **a.** Le 18 mai 2020, B_____ a engagé à l'encontre de A_____ SARL une poursuite ordinaire en vue du paiement des montants de 118'388 fr. plus intérêts au taux de 5% l'an à compter du 30 décembre 2015 (poste 1), de 31'156 fr. plus intérêts au taux de 5% l'an à compter du 1er juin 2018 (poste 2), de 37'450 fr. plus intérêts au taux de 5% l'an à compter du 8 septembre 2016 (poste 3) et de 22'838 fr. plus intérêts au taux de 5% l'an (poste 4) allégués être dus par cette dernière, solidairement avec C_____, au titre de, respectivement, l'invalidation de contrats de vente de deux chevaux (postes 1 et 3) et de dommages et intérêts en relation avec ces contrats (postes 2 et 4).

Le commandement de payer, poursuite n° 1_____, établi par l'Office cantonal des poursuites (ci-après : l'Office) conformément aux indications de la réquisition de poursuite, a été notifié le 26 mai 2020 à la poursuivie, qui a formé opposition.

b. Le 31 août 2020, C_____ a sollicité de l'Office, au sens de l'art. 8a al. 3 let. d LP, que l'existence de la poursuite n° 1_____ ne soit plus portée à la connaissance des tiers.

L'Office a fait droit à cette demande par décision du 29 septembre 2020.

c. Le 8 octobre 2020, B_____ a déposé auprès du Tribunal de première instance une requête de conciliation (cause C/2_____/2020) au sens de l'art. 202 CPC, dirigée à l'encontre de A_____ SARL et de C_____, dans le cadre de laquelle il a notamment conclu à ce que les défendeurs soient condamnés solidairement entre eux à lui payer un montant de 209'832 fr. plus intérêts au taux de 5% l'an à compter du 31 décembre 2015 et à ce que l'opposition formée à la poursuite n° 1_____ soit définitivement écartée.

Informé de cette démarche par le poursuivant, l'Office a décidé le 13 octobre 2020 de porter à nouveau à la connaissance des tiers, en application de l'art. 8a LP, l'existence de la poursuite n° 1_____.

d. L'audience de conciliation tenue le 9 décembre 2020 s'étant soldée par un échec, le juge conciliateur a délivré le même jour à B_____ une autorisation de procéder dans la cause C/2_____/2020.

Ce dernier n'a toutefois pas introduit son action devant le Tribunal dans le délai de trois mois prévu par l'art. 209 al. 2 CPC.

e. Le 1er juillet 2021, A_____ SARL a réitéré sa demande de non-divulgation de la poursuite auprès de l'Office.

f. Par décision du 28 juillet 2021, notifiée à A_____ SARL le 30 juillet suivant, l'Office a refusé la demande de non-divulgation, pour le motif suivant : "*selon l'instruction n° 5 du service de la Haute Surveillance LP, l'Office rejette la demande si, dès réception, il sait qu'une procédure de mainlevée de l'opposition a été engagée concernant la poursuite contestée*".

B. **a.** Par acte expédié le 6 août 2021 à la Chambre de surveillance, A_____ SARL a formé une plainte au sens de l'art. 17 LP à l'encontre de la décision de non-divulgation précitée, concluant à ce qu'elle soit annulée et, cela fait, à ce qu'il soit ordonné à l'Office de ne pas porter à la connaissance des tiers l'existence de la poursuite n° 1_____.

Elle a fait valoir que le créancier n'ayant pas agi au fond dans la procédure C/2_____/2020, l'instance y relative s'était périmée, que ce dernier n'avait pas formellement déposé de requête de mainlevée (mais uniquement une requête en conciliation) et qu'aucun tribunal n'avait statué sur la recevabilité ou sur le fond d'une telle requête.

b. Dans son rapport explicatif du 25 août 2021, l'Office a conclu au rejet de la plainte, considérant que le créancier avait apporté la preuve qu'une action visant à faire annuler l'opposition avait été déposée.

c. Dans sa détermination du 21 octobre 2021, B_____ a conclu à l'irrecevabilité de la plainte.

Il a exposé avoir déposé plainte pénale à l'encontre de A_____ SARL et de C_____ concernant les mêmes faits que ceux exposés dans la demande en conciliation précitée, que la procédure pénale suivait son cours, que cette affaire s'inscrivait dans un contexte de "*faits particulièrement graves*" et que la poursuite avait été notifiée, notamment, aux fins d'interrompre toute prescription vu le caractère illicite des actes dénoncés dans la procédure pénale.

Il n'a pas produit la plainte pénale dont il a fait état.

d. Par courrier du 3 novembre 2021, B_____ a informé la Chambre de surveillance que la plainte pénale avait fait l'objet d'une ordonnance de non-entrée en matière rendue par le Ministère public le 20 octobre 2021 et qu'un recours avait été déposé auprès de la Chambre pénale de recours le 1er novembre 2021.

Il a produit le dispositif d'une ordonnance de non-entrée en matière concernant C_____ uniquement et la page de garde d'un recours adressé à la Chambre pénale de recours, ne comportant ni la personne prévenue ni un numéro de cause.

e. Par réplique du 15 novembre 2021, A_____ SARL a fait valoir que B_____ n'avait pas pris de conclusions civiles devant l'autorité pénale, qu'il n'avait aucune action pendante visant à faire reconnaître sa créance, qu'il n'était assurément pas de la volonté du législateur d'avoir voulu que le seul dépôt d'une requête en conciliation permette l'inscription d'une poursuite et que, si la requête en conciliation liait certes l'instance, sa péremption pour défaut d'introduction au fond dans le délai imparti avait pour conséquence qu'il n'existait plus aucune action en annulation introduite.

Elle a produit l'ordonnance de non-entrée en matière du 20 octobre 2021 concernant C_____, laquelle ne mentionne pas l'existence de conclusions civiles prises dans l'autorité pénale.

f. Par duplique du 19 novembre 2021, l'Office a persisté dans les termes et les conclusions de son rapport.

g. Par duplique du 29 novembre 2021, B_____ a soutenu que, s'il n'avait certes pas introduit d'action en annulation de l'opposition à la suite de la conciliation de la procédure civile, il convenait de considérer que, au vu de la gravité des faits commis et des circonstances d'espèce, le dépôt de la plainte pénale devait être assimilée à une telle action au sens de l'art. 8a al. 3 let. d LP, dès lors qu'il y avait lieu d'attendre que la procédure pénale - visant à faire connaître préalablement la culpabilité de C_____ et les graves dommages commis par celui-ci à son encontre - soit terminée avant d'ouvrir action civile.

h. La cause a été gardée à juger le 15 décembre 2021.

EN DROIT

1. **1.1** La Chambre de surveillance est compétente pour statuer sur les plaintes formées en application de la LP (art. 13 al. 1 LP; 6 al. 1 et 3 et 7 al. 1 LaLP; art. 125 et 126 al. 1 let. a et al. 2 let. c LOJ) contre des mesures de l'Office non attaquables par la voie judiciaire (art. 17 al. 1 LP).

1.2 Déposée dans le délai de dix jours dès la réception des décisions du 13 mai 2019 (art. 17 al. 2 LP) et respectant les exigences de forme prescrites par la loi (art. 9 al. 1 LaLP et art. 65 al. 1 et 2 LPA, applicable par renvoi de l'art. 9 al. 4 LaLP), la plainte est recevable.

2. **2.1** Le droit à l'information prévu à l'art. 8a LP est justifié par l'intérêt public qu'il y a à permettre aux personnes intéressées d'être renseignées sur la solvabilité d'un partenaire contractuel potentiel. Les données recueillies permettent non seulement d'éviter des pertes sur débiteur, mais encore, selon les circonstances, d'intenter de nouvelles procédures d'exécution forcée en choisissant la procédure la plus adaptée à la situation (ATF 115 III 81 cons. 3b; GILLIERON, Commentaire LP, n. 18 *ad* art. 8a LP).

Selon la lettre d de l'alinéa 3 de cette disposition, en vigueur depuis le 1er janvier 2019, les offices ne doivent pas porter à la connaissance de tiers les poursuites pour lesquelles une demande du débiteur dans ce sens est faite à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la notification du commandement de payer, à moins que le créancier ne prouve, dans un délai de 20 jours imparti par l'Office des poursuites, qu'une procédure d'annulation de l'opposition (art. 79 à 84 LP) a été engagée à temps; lorsque la preuve est apportée par la suite, ou lorsque la poursuite est continuée, celle-ci est à nouveau portée à la connaissance de tiers.

Dans le cadre de l'activité de haute surveillance en matière de poursuite pour dettes et de faillite qu'il exerce sur délégation du Conseil fédéral (art. 15 al. 1 LP), l'Office fédéral de la justice (OFJ) a émis le 18 octobre 2018 " *L'instruction n° 5 du service Haute surveillance LP concernant le nouvel art. 8a al. 3 let. d LP*". Cette instruction, adoptée en application de l'art. 15 al. 3 LP et s'appliquant aux

offices et autorités de surveillance (LEVANTE, in KUKO, SchKG, 2014, n. 12 *ad* art. 15 SchKG), dispose que la nouvelle disposition s'applique à "*tout débiteur qui considère que la poursuite dont il fait l'objet est injustifiée et qui souhaite qu'elle ne soit plus portée à la connaissance des tiers*".

Dans le cadre de l'application de cette disposition, l'office des poursuites (et l'autorité de surveillance) doit uniquement déterminer si le poursuivant a ou non engagé une procédure tendant à faire écarter l'opposition formée par le débiteur. Il ne saurait donc examiner lui-même si la prétention déduite en poursuite paraît ou non justifiée, ni émettre un pronostic sur l'issue des démarches judiciaires éventuellement engagées par l'une ou l'autre des parties (arrêt du Tribunal fédéral 5A_319/2020 du 7 mai 2020 cons. 2). L'aspect justifié ou non de la poursuite, au sens de l'art. 8a al. 3 let. d LP, s'apprécie uniquement au regard de l'action ou de l'inaction du poursuivant. Il en résulte que la simple introduction par le poursuivant d'une requête de mainlevée fait obstacle à la non-divulgation de la poursuite, quand bien même cette requête serait ensuite rejetée ou déclarée irrecevable et que le poursuivant n'engagerait pas d'autre démarche (ATF 141 III 41 cons. 3.3).

2.2 L'art. 79 LP permet au créancier à la poursuite duquel il a été formé opposition d'obtenir qu'elle soit écartée par la voie d'une action en reconnaissance de dette. Il s'agit là d'une action en paiement ordinaire, de droit matériel et soumise aux règles du CPC ou de la procédure administrative applicable (ATF 119 III 67 cons. 4b). Dans la première hypothèse, l'introduction de l'action suppose le déroulement préalable d'une tentative obligatoire de conciliation au sens des art. 197 et suivants CPC (art. 197 et 198 CPC; AESCHLIMANN-DISLER/HEINZMANN, in Petit Commentaire CPC, 2021, Chabloz/Dietschy-Martenet/Heinzmann [éd.], N 12 ad art. 198 CPC).

La procédure de conciliation commence par le dépôt d'une requête de conciliation comportant la désignation de la partie adverse, les conclusions et la description de l'objet du litige (art. 202 al. 1 et 2 CPC). Les parties sont ensuite citées à une audience devant l'autorité de conciliation (art. 203 CPC), qui s'efforce de trouver un accord entre elles (art. 201 CPC). Si la tentative de conciliation échoue, ou si la partie défenderesse ne comparaît pas à l'audience (art. 206 al. 2 CPC), l'autorité de conciliation délivre à la partie demanderesse une autorisation de procéder (art. 209 al. 1 CPC) qui lui permet, dans un délai de trois mois à compter de sa délivrance, de porter son action devant l'instance de jugement (art. 209 al. 3 CPC).

L'autorité de conciliation peut, sur requête du demandeur, statuer au fond dans les litiges patrimoniaux dont la valeur litigieuse ne dépasse pas 2'000 fr. (art. 212 CPC). Elle peut également, dans les litiges patrimoniaux dont la valeur litigieuse ne dépasse pas 5'000 fr. (art. 210 al. 1 let. c CPC), soumettre aux parties une proposition de jugement qui, si elle est acceptée, déploiera les effets d'une décision entrée en force (art. 211 al. 1 CPC).

Le dépôt d'une requête de conciliation emporte la litispendance (AESCHLIMANN-DISLER/HEINZMANN, op. cit., N 3 ad art. 202 CPC). Celle-ci cesse si, dans les trois mois à compter de la délivrance de l'autorisation de procéder, la partie demanderesse ne saisit pas le juge du fond (AESCHLIMANN-DISLER/HEINZMANN, op. cit., N 20 ad art. 209 CPC), l'instance étant alors réputée non introduite (BOHNET, in CR CPC, 2ème édition, N 17 ad art. 209 CPC).

2.3 Aux termes de l'art. 119 al. 2 let. b CPP, le lésé peut faire valoir des conclusions civiles déduites de l'infraction (action civile) par adhésion à la procédure pénale. L'action civile devient pendante dès que le lésé a fait valoir de telles conclusions (art. 122 al. 3 CPP).

Le juge pénal statuant sur l'action civile est également compétent pour statuer sur l'action en reconnaissance de dette et pour prononcer l'annulation de l'opposition (STAEHELIN, BSK SchKG, 2021, n. 13 *ad* art. 79 SchKG; VOCK/AEPLI-WIRZ, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2017, n. 5/6 *ad* art. 79 SchKG).

2.4 Il n'est pas contesté en l'espèce que le dépôt en conciliation par le poursuivant, le 8 octobre 2020, d'une requête de conciliation comportant des conclusions tendant à ce que l'opposition à la poursuite litigieuse soit écartée justifiait la décision prise par l'Office le 13 octobre 2020 de porter à nouveau l'existence de ladite poursuite à la connaissance des tiers.

Sont en revanche litigieuses, dans le cadre de la présente plainte, la question de savoir si le fait que le poursuivant ait laissé se périmer sans l'utiliser l'autorisation de procéder qui lui avait été délivrée modifie la situation (ci-dessous consid. 2.4.1), et celle de savoir si l'existence d'une procédure pénale portant sur le même complexe de faits que celui allégué à l'appui de la prétention invoquée en poursuite exclut la non-divulgation de ladite poursuite au sens de l'art. 8a al. 3 let. d LP (ci-dessous consid. 2.4.2).

2.4.1 La réponse à la première de ces deux questions dépend du stade de la procédure en reconnaissance de dette à partir duquel il faut retenir qu'une procédure d'annulation de l'opposition au sens de l'art. 79 LP a été *"engagée"* (*"eingeleitet"*, respectivement *"avviato"* dans les textes allemand et italien de l'art. 8a al. 3 let. d LP) : le simple dépôt d'une requête en conciliation suffit-il ou doit-il être accompagné, après échec de la procédure de conciliation, par l'introduction proprement dite de l'action en reconnaissance de dette ?

Il résulte de la jurisprudence rappelée ci-dessus (cf. cons. 2.2) que, dans le cadre de l'art. 8a al. 3 let. d LP, une poursuite ne peut être considérée comme injustifiée si le créancier a agi judiciairement en vue de faire écarter l'opposition, ce quand bien même cette action aurait échoué ou aurait été déclarée irrecevable. Il faut entendre par là que le créancier doit avoir effectivement soumis à un tribunal *a priori* compétent pour en connaître des conclusions tendant à ce que l'opposition formée par le poursuivi soit écartée, quel que soit le type de procédure utilisé.

Or le dépôt d'une requête en conciliation au sens de l'art. 202 CPC ne répond, lorsque la valeur litigieuse est supérieure à 5'000 fr, pas à cette condition. Le juge conciliateur est alors, en effet, incapable de statuer ou même de rendre une proposition de jugement sur les conclusions en mainlevée ou en annulation de l'opposition formulées par le poursuivant. Sous réserve d'un accord, il ne pourra que délivrer à ce dernier une autorisation de procéder. Sa saisine ne constitue ainsi qu'une étape préalable et nécessaire à l'introduction proprement dite d'une procédure en annulation de l'opposition devant le tribunal. Le créancier qui omet de saisir le tribunal d'une action au fond dans le délai de trois mois prévu par l'art. 209 al. 3 CPC renonce du même coup à faire trancher par un juge pouvant en connaître ses conclusions en annulation de l'opposition. A l'instar du créancier qui retire sa requête de mainlevée avant qu'elle ait pu être instruite et jugée, il ne pourra dès lors être considéré comme ayant engagé une procédure d'annulation de l'opposition.

Dans le cas d'espèce, le poursuivant a certes déposé une requête de conciliation comportant des conclusions en annulation de l'opposition mais, au vu de la valeur litigieuse, celles-ci ne pouvaient être tranchées par l'autorité de conciliation. Celle-ci lui a donc délivré une autorisation de procéder. Il n'en a toutefois pas fait usage dans le délai de trois mois qu'elle prévoyait, renonçant ainsi à faire trancher la recevabilité et le bien-fondé de ces conclusions par un juge disposant du pouvoir pour examiner ces points. Il ne peut dès lors être considéré comme ayant agi en vue d'obtenir l'annulation ou la mainlevée de l'opposition, avec pour conséquence que, contrairement à ce qu'a retenu l'Office, la nouvelle demande de non-divulgation présentée par la plaignante est, à ce stade du raisonnement, bien fondée.

2.4.2 Pour ce qui est de la seconde question, le poursuivant ne prétend pas qu'il aurait formulé des prétentions civiles dans le cadre de la procédure pénale instruite contre C_____. On ne voit donc pas, en l'état, comment cette procédure pénale pourrait déboucher sur une annulation de l'opposition formée par la plaignante, de telle sorte qu'elle ne répond d'emblée pas aux conditions de l'art. 8a al. 3 let. d LP.

C'est pour le surplus en vain que le poursuivant invoque la *"gravité"* des agissements qu'il reproche à C_____ : comme déjà indiqué, en effet, ni l'Office ni la Chambre de céans ne peuvent tenir compte, dans l'application de l'art. 8a al. 3 let. d, d'arguments relatifs au fond de la prétention invoquée en poursuite.

La plainte doit ainsi être admise; il sera en conséquence ordonné à l'Office de ne pas porter à la connaissance de tiers la poursuite n° 1_____

3. La procédure de plainte est gratuite (art. 20a al. 2 ch. 5 LP; 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 recevable la plainte formée le 6 août 2021 par A_____ SARL contre la décision de l'Office cantonal des poursuites du 28 juillet 2021, dans la poursuite n° 1_____.

Au fond :

L'admet.

Annule la décision entreprise.

Ordonne à l'Office cantonal des poursuites de ne pas porter à la connaissance de tiers la poursuite n° 1_____.

Siégeant :

Monsieur Patrick CHENAUX, président; Messieurs Luca MINOTTI et Mathieu HOWALD, juges assesseurs; Madame Véronique AMAUDRY-PISCETTA, greffière.

Le président :	La greffière :
Patrick CHENAUX	Véronique AMAUDRY-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 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.