REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3135/2020-CS **DCSO/187/21**

DECISION

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre de surveillance
des Offices des poursuites et faillites

DU JEUDI 6 MAI 2021

Plainte 17 LP (A/3135/2020-CS) formée en date du 5 octobre 2020 par **A_____**, élisant domicile en l'étude de Me Cristina PAPADOPOULOS, avocate.

* * * * *

Décision communiquée par courrier A à l'Office concerné et par plis recommandés du greffier du **11 mai 2021** à :

- **A_____**
  c/o Me Cristina PAPADOPOULOS
  Kaiser Odermatt & Partner AG
  Baarerstrasse 12
  6300 Zug.

- **B_____ AG**
  c/o C_____ AG
  _____
  _____.

- **Office cantonal des poursuites**.

EN FAIT

A. **a.** B_____ AG est une société anonyme de droit suisse fondée en 2014, ayant son siège à D_____ (Schwytz) et pour but la participation et le financement dans des entreprises en Suisse ou l'étranger.

Ses administrateurs depuis mars 2016 sont E_____, domicilié à F_____ (Schwytz) et A_____, domicilié à Genève, tous deux titulaires de la signature collective à deux.

b. Sur réquisition de B_____ AG, représentée par l'Etude d'avocats C_____ AG à G_____ [ZH], l'Office cantonal des poursuites de Genève (ci-après l'Office) a notifié à A_____, le 23 septembre 2020, un commandement de payer, poursuite n° 1_____, pour un montant de 70'000 fr. plus intérêt à 5 % l'an dès le 14 septembre 2020, dû au titre de la responsabilité de l'administrateur de la société anonyme.

A_____ a formé opposition au commandement de payer à sa réception.

B. **a.** Par acte expédié le 5 octobre 2020, A_____ a formé une plainte auprès de la Chambre de surveillance des Offices des poursuites et faillites (ci-après la Chambre de surveillance), concluant à la constatation de la nullité du commandement de payer et à la radiation de la poursuite des registres.

Il reprochait à l'Etude d'avocats C_____ AG d'avoir agi sans pouvoir puisqu'elle n'avait été mandatée que par E_____ pour introduire la poursuite, alors qu'il n'est titulaire que de la signature collective à deux.

b. Dans ses observations du 27 octobre 2020, B_____ AG a conclu au rejet de la plainte avec suite de frais judiciaires et dépens.

En substance, elle y a exposé qu'un litige avait éclaté il y a un an entre la société et le plaignant. Ce dernier avait en effet bloqué, par des démarches judiciaires, en violation de ses obligations d'administrateur, un processus d'augmentation de capital décidé par l'assemblée générale, dans son intérêt personnel d'actionnaire à ne pas voir sa participation au capital-actions diluée, engendrant un préjudice pour la société. Le but recherché par le plaignant était de maintenir le prix élevé de sa participation au capital, alors qu'il avait depuis quelques temps l'intention de la céder à un autre actionnaire. Les intérêts personnels du plaignant entrant en conflit important avec ceux de la société, cette dernière pouvait être représentée par E_____ seul dans ses démarches à l'encontre du plaignant.

c. Dans ses observations du 27 octobre 2020, l'Office s'en est rapporté à l'appréciation de la Chambre de surveillance, la question de la validité de la représentation par un mandataire ne ressortissant pas à la compétence de l'Office dans le cadre de l'examen de la recevabilité de la réquisition de poursuite, mais de l'autorité de surveillance, sur plainte.

d. Le greffe de la Chambre de surveillance a informé les parties par courrier du 30 octobre 2020 que la cause était gardée à juger.

e. A_____ a répliqué le 23 novembre 2020 en produisant une décision rendue le 16 novembre 2020 dans une procédure opposant les parties sur la problématique du blocage du processus d'augmentation du capital social de B_____ AG dans laquelle un *obiter dictum* soulignait que l'Etude d'avocat mandatée par la société ne l'avait pas été valablement par le seul E_____.

Cette réplique a été communiquée aux autres parties.

f. Ni B_____ AG, ni l'Office n'ont dupliqué.

EN DROIT

1. **1.1** La Chambre de surveillance est compétente pour statuer sur les plaintes formées en application de l'article 17 LP (art. 13 LP; art. 125 et 126 al. 2 let. c LOJ; art. 6 al. 1 et 3 et 7 al. 1 LaLP) contre les mesures de l'Office ne pouvant être contestées par la voie judiciaire (al. 1), ainsi qu'en cas de déni de justice ou de retard à statuer (al. 3).

Il n'appartient pas à l'Office, mais à la Chambre de surveillance saisie d'une plainte du débiteur, de vérifier si la personne qui a signé au nom du créancier une réquisition de poursuite possède réellement le pouvoir de la représenter (ATF 144 III 277 consid. 3.1.1; ATF 130 III 231 = JdT 2005 II 25 consid. 2.1 et 2.2; ATF 84 III 72 = JdT 1958 II 108).

1.2. La plainte doit être déposée, sous forme écrite et motivée (art. 9 al. 1 et 2 LaLP; art. 65 al. 1 et 2 LPA, applicable par renvoi de l'art. 9 al. 4 LaLP), dans les dix jours de celui où le plaignant a eu connaissance de la mesure (art. 17 al. 2 LP).

1.3. A qualité pour former une plainte toute personne lésée ou exposée à l'être dans ses intérêts juridiquement protégés, ou tout au moins touchée dans ses intérêts de fait, par une décision ou une mesure de l'office (ATF 138 III 628 consid. 4; 138 III 219 consid. 2.3; 129 III 595 consid. 3; 120 III 42 consid. 3).

1.4. En l'occurrence, la plainte porte sur un objet de la compétence de l'autorité de surveillance, respecte les exigences de forme prévues par la loi et émane d'une personne qui, si son argumentation devait être retenue, serait lésée dans ses intérêts juridiquement protégés. Elle est donc recevable.

2. **2.1** La société anonyme est représentée à l'égard des tiers par ses organes (art. 718 CO). L'administrateur qui, en vertu des statuts ou du règlement d'organisation de la société anonyme, ne dispose que de la signature collective à deux, ne peut engager la société anonyme par sa seule signature (art. 718 al. 1, 2e phrase, CO), à moins qu'un pouvoir de représentation civile (art. 32 ss CO) pour une affaire déterminée ne lui ait été conféré (ATF 146 III 37 consid. 5 et 7 p. 41-43 et 45 ss; 146 III 387 consid. 4.2.1; arrêt 4A_271/2009 du 3 août 2009 consid. 2.3; pour le gérant d'une Sàrl, cf. arrêt 4A_187/2018 du 21 février 2019 consid. 3.1.1.1).

Pour déterminer qui peut représenter une société anonyme, les autorités de poursuite doivent s'en tenir en principe aux inscriptions qui figurent sur le registre du commerce. Lorsque le conseil d'administration est composé de deux personnes qui n'ont que la signature collective, l'une d'elles ne peut présenter seule la réquisition de poursuite si l'autre refuse d'y souscrire. Il peut toutefois être remédié ultérieurement au défaut de pouvoir de représentation par une ratification au sens de l'art. 38 al. 1 CO des actes juridiques concernés. En d'autres termes, si une personne qui ne peut engager individuellement une société a agi seule, son acte peut être validé postérieurement par l'approbation de la société représentée. Le Tribunal fédéral a expressément admis que cette approbation pouvait être donnée par actes concluants, voire même tacitement (ATF 84 III 72 = JdT 1958 II 108; PETER/CAVADINI, Commentaire Romand, CO II, n° 25 ad art. 718a CO).

Lorsque l'organe d'une société anonyme conclut au nom de la société un contrat avec lui-même ou se trouve, dans le cadre d'une affaire, en conflit d'intérêt avec la société, ses actes sont en principe frappés de nullité; en effet, ses pouvoirs de représentation excluent de tels actes lorsqu'ils comportent le risque de se révéler contraires aux intérêts du représenté, voire contraires au devoir de fidélité et de diligence de l'administrateur. C'est sous la réserve que ces actes effectués en représentation de la société ne comportent aucun risque d'opération contraire aux intérêts de la société, qu'ils soient ratifiés ou qu'ils aient été autorisés par un organe supérieur, notamment l'assemblée générale, ou de même rang (ATF 144 III 388 consid. 5.1; 127 III 332 consid. 2a = JdT 2001 I 258; 126 III 361 consid. 3a = JdT 2001 I 131).

En cas de manquement à la diligence requise de l'administrateur (art. 717 al. 1 CO), la société dispose de différents moyens d'action, dont, en premier lieu, sa révocation ou la limitation de ses pouvoirs, notamment par l'assemblée générale ou le conseil d'administration (PETER/CAVADINI, *op. cit*., n° 9 ad art. 717 CO).

Le pouvoir du conseil d'administration de suspendre un de ses membres existe en application de l'art. 726 al. 2 CO, même s'il ne devrait être admis qu'avec extrême réserve, car la nomination des membres du conseil est une compétence qui appartient de manière inaliénable à l'assemblée générale selon l'art. 698 al. 1 ch. 2 CO (ATF 128 III 129 consid. 1b = JdT 2003 I 10; ATF 122 III 195 consid. 3b = JdT 1999 II 12; PETER/CAVADINI, *op. cit*., n° 13 ad art. 726 CO).

2.2 En l'espèce, le plaignant exige le respect de l'art. 718 CO et des règles de représentation telles que prévues dans les statuts et les règlements de la société, ainsi que des pouvoirs inscrits au Registre du commerce.

La créancière estime au contraire avoir valablement mandaté son avocat pour poursuivre le plaignant, même si seul l'administrateur E_____, titulaire de la signature collective deux, a contracté avec lui. Elle se prévaut d'un arrêt du Tribunal fédéral 7B_45/2004 du 26 mars 2004 consid. 1.3 pour soutenir que

E_____ pouvait agir seul à son nom pour mandater un avocat afin de diligenter une poursuite contre le plaignant, au motif que ce dernier, en raison de son conflit d'intérêt, ne pouvait la représenter dans cette affaire. Cet arrêt visait le cas d'un administrateur de société, en litige avec celle-ci et ayant requis la poursuite de cette dernière; le commandement de payer issu de cette poursuite ayant été notifié à l'administrateur en question, il n'y avait pas fait opposition, privilégiant ses intérêts personnels de créancier de la société au détriment de ceux de cette dernière, qu'il était pourtant censé défendre en vertu de son devoir de fidélité; la notification à cet administrateur a été déclarée nulle. La créancière estime que le cas d'espèce est une situation inverse, mais similaire, de conflit d'intérêt; il convient par conséquent de lui appliquer le même principe, avec pour conséquence d'interdire à un administrateur qui est en litige avec la société de participer à la décision d'entamer une poursuite contre lui-même et de mandater un avocat à cette fin, ainsi que d'autoriser l'unique administrateur à agir au-delà de ses pouvoirs limités à la signature collective.

Si la position du plaignant repose sur l'application stricte de l'art. 718 CO, le point de vue soutenu par la créancière trouve appui dans les tempéraments apportés à cette règle par la jurisprudence en cas de conflits d'intérêts entre le représentant et le représenté. Cela étant, la jurisprudence susmentionnée tend à constater *a posteriori* la nullité d'actes effectués par un représentant confronté à un conflit d'intérêt et ayant abusé de sa position au détriment du représenté. En l'occurrence, il s'agirait d'admettre qu'un administrateur, dont les pouvoirs ne sont que collectifs, puisse agir seul pour la société dans une affaire qui ne présente aucune urgence particulière. Il apparaît ainsi plus opportun de respecter les règles de représentation dont la société s'est dotée et de l'inviter à prendre des mesures pour les modifier ou d'utiliser l'un des moyens évoqué plus haut, dès lors que l'assemblée générale fonctionne et ne se trouve pas en situation de "*pat*" au sens de l'art. 731b CO (cf. ATF 140 III 349 consid. 2.1 et 2.8).

Si la situation avait été urgente, un raisonnement analogue à celui qui a prévalu dans l'ATF 144 III 277 aurait pu être envisagé sur la base des règles de la société anonyme exposées *supra* (il s'agissait d'un héritier qui avait été autorisé à agir seul dans une poursuite, en cas d'urgence, au nom et pour le compte d'une communauté successorale, pour en sauvegarder les intérêts, alors que seul l'ensemble des membres de la communauté conjointement aurait normalement dû agir; ils étaient toutefois en l'occurrence incapables de se mettre d'accord en raison d'intérêts divergents). Mais tel n'est pas le cas en l'espèce.

La Chambre de surveillance constate par conséquent que E_____ n'était pas autorisé à agir seul pour le compte de B_____ AG, à mandater un avocat et à l'instruire de requérir la poursuite de A_____.

2.3 La poursuite ayant été requise au nom de B_____ AG par un mandataire désigné par un représentant de la société sans pouvoir, la nullité de la réquisition

de poursuite sera constatée, de même que celle de la poursuite consécutive et du commandement de payer.

3. La procédure de plainte est gratuite (art. 20a al. 2 ch. 5 LP; art. 61 al. 2 let. a OELP) et ne donne pas lieu à l'allocation de dépens (art. 62 al. 2 OELP).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre de surveillance :

A la forme :

Déclare recevable la plainte du 5 octobre 2020 de A_____ contre la poursuite n° 1_____.

Au fond :

Constate la nullité de la réquisition de poursuite de B_____ AG contre A_____, de la poursuite n° 1_____ et du commandement de payer notifié le 23 septembre 2020.

Siégeant :

Monsieur Jean REYMOND, président; Madame Ekaterine BLINOVA et Monsieur Denis KELLER, juges assesseurs; Madame Véronique AMAUDRY-PISCETTA, greffière.

Le président :	La greffière :
Jean REYMOND	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.