



POUVOIR JUDICIAIRE

DCSO/510/09

DÉCISION

DE LA COMMISSION DE SURVEILLANCE DES OFFICES DES POURSUITES ET DES FAILLITES SIÉGEANT EN SECTION

DU JEUDI 10 DECEMBRE 2009

Causes jointes A/3887/2009 et A/4334/2009, requête en restitution du délai (art. 33 al. 4 LP) et plainte 17 LP formées, respectivement, les 28 octobre et 19 novembre 2009 par T_____ SA, élisant domicile en l'étude de Me Rolf MÜLLER, avocat.

Décision communiquée à :

- **T_____ SA**
domicile élu : Etude de Me Rolf MÜLLER, avocat
Kappelergasse 11
Postfach 2622
8022 Zürich

- **S_____ Sàrl**

- **Office des poursuites**

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 Commission de surveillance des Offices des poursuites et des faillites, unique autorité cantonale de surveillance en matière de poursuite pour dettes et faillite (art. 56R al. 3 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). 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).

EN FAIT

- A. Le 3 juin 2009, l'Office des poursuites (ci-après : l'Office) a enregistré une réquisition de poursuite dirigée par S_____ Sàrl contre T_____ SA, en recouvrement de 30'000 fr. plus intérêts à 6,5 % dès le 1^{er} janvier 2000, au titre de "*perte sur mandat de courtage, assurance*".

Un commandement de payer, poursuite n° 09 xxxx86 U, a été notifié, sans opposition, le 26 août 2009.

A teneur de l'exemplaire pour le débiteur, cet acte a été notifié en mains de "M. K_____". Selon l'édition de la poursuite, dit acte a été notifié en mains de "M. K_____, employé".

Requis de continuer la poursuite, l'Office a fait notifier à T_____ SA une commination de faillite le 27 octobre 2009.

- B. Par pli recommandé posté le 28 octobre 2009 et télécopie du même jour, T_____ SA a déclaré à l'Office qu'elle formait opposition au commandement de payer.

Par décision du 30 octobre 2009, l'Office a informé la précitée qu'il ne pouvait pas tenir compte de son opposition, le délai pour la former expirant le 7 septembre 2009.

Par acte posté le 28 octobre 2009, T_____ SA a, par l'entremise de son conseil, Me Rolf MÜLLER, demandé à la Commission de céans de lui restituer le délai pour former opposition. Elle expose que "*l'opposition n'a pu être formée car l'injonction de payer reçue par l'assistante - et l'enveloppe y afférente -, laquelle est normalement déposée avec les autres courriers dans le casier réservé au courrier, a glissé derrière le mur situé à cet endroit et est restée coincée entre le mur et le plan de travail (...). L'assistante, qui n'a pas pris conscience de l'importance de cette lettre, ce qui est incompréhensible, a ainsi oublié l'injonction de payer. Celle-ci a été retrouvée seulement dans la matinée d'aujourd'hui - le 28 octobre 2009, la commination de faillite ayant été reçue le 27 octobre 2009. Ce n'est qu'après la réception de cette commination de faillite qu'elle s'est souvenue de la notification de l'injonction de payer du 26 août 2009. Après avoir cherché ce document toute la nuit dans nos locaux, il a été retrouvé, comme mentionné ci-dessus, entre le mur et le plan de travail*". T_____ SA fait valoir que l'assistante était seule compétente pour réceptionner "*la poste de fonctionnaires de la poste*", que sa mission consistait seulement à transmettre les lettres reçues à son représentant ou de l'en informer et qu'en l'espèce elle a oublié "*involontairement*" de déposer le commandement de payer avec les autres lettres reçues dans le casier réservé au courrier et d'en informer immédiatement le

représentant. T_____ SA soutient que la négligence de son employée, qui a été dûment choisie, instruite et surveillée, ne saurait lui être imputée. Elle ajoute qu'elle ne pouvait pas savoir qu'un commandement de payer avait été notifié le 26 août 2009, et partant, qu'on ne saurait reprocher à son représentant de ne pas avoir lui-même "fouiller" *"tous les dossiers et toutes les tables pour voir si, dans les faits, des lettres ou des documents avaient été déposés ou si l'assistante aurait dû se souvenir d'éventuels commandements de payer"*.

Cette requête a été enregistrée sous cause A/3887/2009.

- C. Dans son rapport, l'Office - qui indique que l'acte de poursuite en cause a été notifié à Mme K_____, employée de la société débitrice - relève qu'un commandement de payer n'est jamais accompagné d'une enveloppe et soutient que la condition d'un empêchement non fautif n'est pas réalisée, T_____ SA devant s'attendre à une notification, suite aux deux convocations qui lui avaient été adressées, en date des 26 juin et 14 juillet 2009, pour se présenter dans ses locaux.

Invitée à présenter ses observations, S_____ Sàrl conclut au rejet de la demande. Elle déclare notamment que *"l'histoire exprimée par l'avocat de la société T_____ SA relève plus d'un conte pour enfant que d'une réalité"*.

Interpellé par la Commission de céans, l'Office a répondu, par télécopie du 3 décembre 2009, que l'inscription figurant sur l'exemplaire pour le débiteur du commandement de payer était une erreur de plume et que son notificateur lui avait certifié que l'acte en cause avait bien été remis à une dame et qu'il s'agissait de Mme K_____, secrétaire. L'Office a modifié en conséquence l'édition de la poursuite n° 09 xxxx86 U sur lequel on peut lire désormais que le commandement de payer a été notifié le 26 août 2008 à *"Mme K_____"*.

- D. Par acte posté le 19 novembre 2009, T_____ SA a adressé à la Commission de céans une plainte *"concernant le délai d'opposition (décision du 30 octobre 2009)"*. Elle conclut à ce que la décision de l'Office du 30 octobre 2009 - qu'elle a reçue le 9 novembre 2009 - soit intégralement annulée, qu'il soit constaté que l'opposition à la poursuite n° 09 xxxx86 U a été faite dans les délais et à ce que l'Office soit condamné aux frais et indemnités.

Cette plainte a été enregistrée sous cause A/4334/2009.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 70 LPA, applicable par renvoi de l'art. 13 al. 5 LaLP, les causes A/3887/2009 et A//2009 seront jointes en une même procédure sous cause A/3887/2009.

2. En vertu de l'art. 33 al. 4 LP, quiconque a été empêché sans sa faute d'agir dans le délai fixé peut demander à l'autorité de surveillance ou à l'autorité judiciaire compétente qu'elle lui restitue ce délai. L'intéressé doit, à compter de la fin de l'empêchement, déposer une requête motivée dans un délai égal au délai échu et accomplir auprès de l'autorité compétente l'acte juridique omis (Pierre-Robert Gilliéron, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 4^{ème} éd., n° 707). Cette disposition est applicable à la restitution du délai de dix jours pour former opposition à un commandement de payer (art. 74 al. 1 LP ; Carl Jaeger / Hans Ulrich Walder / Thomas M. Kull / Martin Kottmann, in SchKG, ad art. 33 n° 18) ; RJN 2006 265-271).
- 1.b. Objectivement, l'art. 33 al. 4 LP ne s'applique que si le délai est échu, ce qui suppose qu'il a valablement couru, soit, en d'autres termes, que l'empêchement d'agir n'est pas dû à une communication irrégulière.

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

- 2.a En l'espèce, il est constant que le commandement de payer en cause a été valablement notifié à une employée de la requérante (art. 65 al. 2 ch. 2 LP).

Par ailleurs, au jour du dépôt de la présente requête, aucune autorité judiciaire n'était saisie. C'est donc à bon droit qu'elle a été adressée à la Commission de céans (Message du Conseil fédéral, FF 1991 III 54 ; art. 10 al. 1 LaLP ; art. 56R al. 3 LOJ).

Quant à la question de savoir si la requête motivée et la déclaration d'opposition ont été formées dans le délai prescrit, elle peut rester ouverte, la condition subjective d'un empêchement non fautif n'étant pas remplie (cf. consid. 2.b. et 2. c.).

La Commission de céans n'instruira donc pas plus avant la question de savoir si, comme l'allègue la requérante, le commandement de payer, "*resté coincé entre le mur et le plan de travail*", et "*l'enveloppe y afférente*" - étant relevé qu'un tel acte de poursuite n'est jamais accompagné d'une enveloppe (Walter A. Stoffel, Voies d'exécution, § 3 n° 20 ss ; Jolanta Kren-Kostkiewicz, Zustellung von Betreuungsurkunden, in BLSchK 1996, p. 201 ss, 204; Yves Donzallaz, La notification en droit interne suisse, Berne 2002, p. 212 s. n° 378 s.) - ont effectivement été retrouvés le 28 octobre 2009.

- 2.b. Pour apprécier si un empêchement est fautif ou non - la gravité de la faute étant sans pertinence - entrent en considération non seulement l'impossibilité objective ou la force majeure, mais aussi l'impossibilité due à des circonstances

personnelles ou à une erreur excusable. Ces circonstances doivent être appréciées de manière objective, en ce sens qu'est non fautive toute circonstance qui aurait empêché un intéressé consciencieux, respectivement son représentant, d'agir dans le délai fixé. La faute du représentant est assimilée à la faute de l'intéressé, conformément aux règles de la représentation directe (BISchK 2004 93 ; RJN 2006 265-27).

Dans son Message, le Conseil fédéral a précisé que l'art. 33 al. 4 LP reprenait, s'agissant des conditions subjectives de la restitution du délai, les art. 35 al. 1 OJF et 24 al. 1 PA. Dans le cadre de l'application de ces dispositions, il a été jugé que la faute de l'auxiliaire était imputable à la partie elle-même ou à son représentant. Certains auteurs ont contesté la prise en compte de l'auxiliaire. Dans un arrêt paru aux ATF 114 Ib 67 consid. 2a) et b), le Tribunal fédéral a toutefois rejeté leur argumentaire, considérant tout d'abord que le lien établi entre les art. 29 et 35 OJF n'était pas pertinent, eu égard aux différences entre les textes allemand, français et italien de ces dispositions. Il suivait de là que la faute de l'auxiliaire était imputable au mandataire, selon l'art. 101 CO appliqué par analogie aux rapports de droit public liant le mandataire à l'autorité judiciaire. Enfin, le Tribunal fédéral a exclu l'application des motifs exonérant la responsabilité de l'employeur selon l'art. 55 CO, car cette disposition régit la responsabilité à raison d'actes illicites, alors que l'art. 35 OJF règle uniquement les conséquences du défaut du respect du délai légal de recours. Cette jurisprudence a été ultérieurement confirmée (ATF 1P.151/2002 du 28 mai 2002) et s'applique à l'art. 50 LTF (Yves Dondallaz, Loi sur le Tribunal fédéral, Commentaire, n^{os} 1343-1347). Cet auteur relève qu'on se trouve ici confronté à une sorte de responsabilité objective aggravée, les moyens de disculper la partie pour les fautes de l'auxiliaire, notamment au regard de l'obligation d'instruction et de surveillance, étant inexistantes. Dans un ATF 2P.264/2003 du 29 octobre 2003, le Tribunal fédéral a, par ailleurs, relevé que celui qui a l'avantage de pouvoir se décharger sur un auxiliaire pour l'exécution de ses obligations doit aussi en supporter les inconvénients (consid. 2.1).

- 2.c. *In casu*, la requérante affirme que son employée a omis de déposer le commandement de payer avec les autres lettres reçues dans le casier réservé au courrier et de l'en informer immédiatement. Elle soutient toutefois que cette faute ne saurait lui être imputée dans la mesure où elle a dûment choisi, instruit et surveillé cette auxiliaire.

Or, il ressort de la jurisprudence rappelée ci-dessus que les motifs exonérant la responsabilité de l'employeur selon l'art. 55 CO ne sont pas applicables et que l'absence de faute doit se retrouver dans toutes les personnes, qui, en particulier en qualité d'auxiliaire, sont intervenues dans le processus ayant conduit au non respect du délai.

Il s'ensuit que la condition d'un empêchement non fautif n'est pas réalisée.

La requête en restitution du délai pour former opposition au commandement de payer, poursuite n° 09 xxxx86 U, doit en conséquence être rejetée.

3. La plainte dirigée contre la décision de l'Office du 30 octobre 2009 refusant de tenir compte de l'opposition formée par le plaignant le 28 octobre 2009, qui est recevable (art. 17 LP ; art. 10 al. 1 et 13 LaLP ; art. 56R al. 3 LOJ), sera également rejetée.

Le délai pour former opposition au commandement de payer notifié le 26 août 2009 expirait, en effet, le 7 septembre 2009 (art. 74 al. 1 LP ; art. 31 al. 1 et 3 LP).

4. Conformément aux art. 20a al. 2 ch. 5 LP, 61 al. 2 let. a et 62 al. 2 OELP, il n'y a pas lieu de percevoir d'émolument de justice, ni d'allouer des dépens (cf. ATF 5A_548/2008 du 7 octobre 2008).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COMMISSION DE SURVEILLANCE
SIÉGEANT EN SECTION :**

Préalablement :

Joint les causes A/3887/2009 et A/4334/2009 en une même procédure sous cause A/3887/2009.

A la forme :

Déclare recevable la plainte formée le 19 novembre 2009 par T_____ SA contre la décision de l'Office des poursuites du 30 octobre 2009 refusant de tenir compte de son opposition au commandement de payer, poursuite n° 09 xxxx86 U.

Au fond :

1. La rejette.
2. Rejette, dans la mesure de sa recevabilité, la requête en restitution du délai pour former opposition au commandement de payer, poursuite n° 09 xxxx86 U.
3. Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant : Mme Ariane WEYENETH, présidente ; MM. Philipp GANZONI et Philippe VEILLARD, juges assesseurs.

Au nom de la Commission de surveillance :

Véronique PISCETTA
Greffière :

Ariane WEYENETH
Présidente :

La présente décision est communiquée par courrier A à l'Office concerné et par courrier recommandé aux autres parties par la greffière le