

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4336/2015-CS

DCSO/118/16

DECISION

DE LA COUR DE JUSTICE

**Chambre de surveillance
des Offices des poursuites et faillites**

DU JEUDI 14 AVRIL 2016

Plainte 17 LP (A/4336/2015-CS) formée en date du 11 décembre 2015 par **A_____**,
élisant domicile en l'étude de Me Alexandre BÖHLER, avocat.

* * * * *

Décision communiquée par courrier A à l'Office concerné
et par pli recommandé du greffier du 15 avril 2016
à :

- **A_____**
c/o Me Alexandre BÖHLER, avocat
Kaiser Böhler
Rue des Battoirs 7
Case postale 284
1211 Genève 4.
 - **Office des poursuites.**
-

EN FAIT

A. a. Dans le cadre de la poursuite n° 15 xxxx76 J, requise à l'encontre de la société C_____Sàrl (ci-après : la société) par A_____, un commandement de payer a été notifié, le 18 novembre 2015 au guichet de l'Office des poursuites (ci-après : l'Office) à B_____, inscrit précédemment comme gérant de la société avec signature individuelle jusqu'au 2 novembre 2015, date à laquelle ses pouvoirs avaient été radiés, selon publication dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC).

b. B_____ a formé opposition à cette poursuite lors de cette notification en ses mains.

c. Les parts sociales de la société sont pour le surplus réparties entre deux sociétés anglaises, D_____LIMITED et E_____LIMITED, associées qui ne sont pas gérantes de la Sàrl et qui ne disposent d'aucun pouvoir de signature au nom de la société.

B. a. Par acte expédié le 11 décembre 2015 au greffe de la Chambre de surveillance des Offices des poursuites et des faillites (ci-après : la Chambre de surveillance), A_____, créancière, a formé une plainte contre la notification précitée du commandement de payer, poursuite n° 15 xxxx76 J, dont elle conclut à la nullité pour vice dans cette notification, cette nullité entraînant celle de l'opposition formée par B_____ à cette poursuite.

A_____ conclut également à la notification de ce commandement de payer par voie édictale.

Elle fait valoir à l'appui de sa plainte que l'Office a procédé à la notification de cet acte de poursuite, le 18 novembre 2015, en mains d'une personne qui n'était plus le représentant de la société au sens de l'art. 65 al. 1 ch. 2 LP, la radiation du Registre du commerce de B_____ dans son ancienne qualité de gérant de la Sàrl débitrice ayant été effective avant cette notification, de sorte qu'il ne pouvait plus recevoir de poursuites au nom de cette Sàrl.

b. Dans ses observations déposées le 14 janvier 2016, l'Office a admis la nullité de la notification litigieuse, en tant qu'elle avait été faite en mains d'une personne qui n'avait pas le pouvoir de représenter la société débitrice.

En outre, cette société à responsabilité limitée n'avait plus d'associé gérant inscrit au Registre du commerce et ses deux associées n'avaient aucune fonction de gestion, de représentation ou de direction de ladite société.

Par conséquent, cette dernière n'avait plus les organes exigés par la loi, de sorte qu'il appartenait à la créancière poursuivante, en l'espèce, de requérir du juge

qu'il prenne les mesures nécessaires pour rétablir la société débitrice dans une situation conforme à la loi (art. 731b al. 1 CO par renvoi de l'art. 819 CO).

Ces mesures étaient en effet nécessaires pour pouvoir notifier le commandement de payer en question à cette dernière, une notification par voie édictale n'étant pas possible dans le cas d'espèce selon une précédente décision de la Chambre de surveillance (DCSO/181/13).

c. Dans une réplique reçue par la Chambre de surveillance le 22 janvier 2016, la créancière poursuivante a contesté le fait de cette impossibilité d'adopter la voie édictale pour la notification litigieuse, en tant que l'art. 66 al. 4 LP était applicable en l'espèce, la société débitrice se soustrayant obstinément à cette notification.

En effet, son gérant avait démissionné peu de temps avant qu'il ne se voit notifier cette poursuite en ses mains par l'Office, alors que les deux associés de la société débitrice étaient injoignables.

Pour le surplus, la décision DCSO/181/13 citée par l'Office ne précisait pas si c'était le Préposé dudit Office ou celui du Registre du commerce qui devait demander au juge civil de prendre les mesures nécessaires à rétablir la société débitrice dans une situation conforme à la loi au sens de l'article 731b al. 1 CO.

d. Par duplique reçue le 2 février 2016 par la Chambre de surveillance, l'Office a relevé que la disposition légale précitée visait expressément le Préposé du Registre du commerce.

En outre, la notification par voie édictale n'avait pas pour but de pallier aux manquements statutaires ou légaux d'une société débitrice inscrite au Registre du commerce.

e. De son côté, la société débitrice C_____Sàrl n'a pas déposé d'observations au dossier, le pli de la Chambre de surveillance lui transmettant la présente plainte par courrier recommandé du 14 décembre 2015 n'ayant pas été retiré du fait que sa boîte aux lettres n'était plus vidée, selon les indications de la Poste.

EN DROIT

1. **1.1** La Chambre de surveillance est compétente pour statuer sur les plaintes formées en application de la LP (art. 13 LP; art. 125 et 126 LOJ; art. 6 al. 1 et 3 et 7 al. 1 LaLP) contre des mesures non attaques par la voie judiciaire (art. 17 al. 1 LP). La plainte doit être déposée dans les dix jours de celui où le plaignant a eu connaissance de la mesure (art. 17 al. 3 LP).

La notification d'un commandement de payer est une mesure sujette à plainte et le créancier poursuivant a qualité pour agir par cette voie.

Formée en temps utile contre une telle notification, dont il est allégué qu'elle est viciée, la présente plainte, expédiée dans les dix jours dès la connaissance par la créancière poursuivante de cette notification, est recevable, pour avoir également respecté la forme prescrite (art. 9 al. 1 LaP).

- 2. 2.1.1** Un commandement de payer est un acte de poursuite qui doit faire l'objet d'une communication revêtant la forme qualifiée de la notification (art. 72 LP). Cette dernière consiste en la remise de l'acte à découvert en mains du poursuivi ou, en l'absence de ce dernier, en mains d'une des personnes de remplacement désignées par la loi et aux lieux prévus par la loi, au besoin au terme d'une recherche sérieuse du poursuivi ou, à défaut, d'une des personnes de remplacement (ATF 117 III 7 consid. 3b; Walter A. STOFFEL/Isabelle CHABLOZ, Voies d'exécution, § 3 n° 21 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.).

2.1.2 Lorsque la poursuite est dirigée contre une société anonyme, une société en commandite par actions, une société à responsabilité limitée, une société coopérative ou une association inscrite au registre du commerce, les actes de poursuite sont notifiés à son représentant, à savoir à un membre de l'administration, à un directeur ou à un fondé de procuration (art. 65 al. 1 ch. 2 LP; ATF 134 III 112 consid. 3.1, JT 2008 II 75).

Lorsque ces personnes ne sont pas rencontrées à leur bureau, la notification peut être faite à un autre employé (art. 65 al. 2 LP), travaillant dans le même bureau (ATF 96 III 6; 88 III 16), soit l'être au domicile du représentant ou à l'endroit où il exerce sa profession (ATF 72 III 72). S'il est inatteignable à cet endroit, la notification peut alors se faire à une personne adulte de son ménage ou à un employé (art. 64 al. 1 LP; ATF 72 III 72).

Lorsque la société poursuivie n'a pas de bureaux, la notification doit être faite à l'un de ses représentants au sens de l'art. 65 al. 1 LP, en appliquant les règles de l'art. 64 LP. Le débiteur peut aussi conférer à un tiers les pouvoirs pour recevoir des actes de poursuite; dans ce cas, la notification à ce tiers est valable (DCSO/53/2007 du 1^{er} février 2007 consid. 2b et les arrêts cités; DCSO/569/2004 du 25 novembre 2004 consid. 2 et les arrêts cités; SJ 1976 p. 504).

2.1.3 L'art. 814 al. 1 CO – qui correspond à l'art. 811 al. 1 aCO (BUCHWALDER, in CR CO-II, note 1 ad art. 814 CO) – dispose que chaque gérant a le pouvoir de représenter la société. Cette disposition a trait à la représentation active de la société. Il ne règle pas la représentation passive, à savoir la détermination des personnes autorisées à recevoir des communications au nom de la société (BUCHWALDER, in CR CO-II, n. 8 ad art. 814 CO). A cet égard, il a été jugé

qu'était nulle la notification d'un commandement de payer et d'une commination de faillite à un gérant "de fait" d'une société à responsabilité limitée non inscrit au Registre du commerce, respectivement à un associé d'une telle société ne disposant d'aucun pouvoir de signature (arrêt du Tribunal supérieur du canton de Zurich du 6 novembre 2003, publié in ZR 2005 p. 30, 32; cf. ég. DCSO/53/2007 du 1^{er} février 2007 (annulation d'une notification faite à un associé d'une société à responsabilité limitée dont les pouvoirs de gestion avaient été radiés).

2.1.4 Cela étant, et en principe, la notification irrégulière d'un commandement de payer n'est pas sanctionnée de nullité absolue. La notification qui n'aurait pas été effectuée selon les règles imposées par les art. 64 à 66 LP n'est, en effet, entachée de nullité que dans la mesure où l'acte de poursuite n'est pas parvenu à la connaissance du débiteur, nullité qui doit être constatée d'office et en tout temps par la Chambre de surveillance.

2.2 En l'espèce, la poursuite considérée est dirigée contre une société à responsabilité limitée constituée par deux sociétés associées qui, selon l'extrait du Registre du commerce, ne sont pas gérantes et elles ne disposent (ou leurs propres représentants ne disposent) d'aucun pouvoir de signature au nom de la Sàrl.

L'ancien associé gérant n'avait, de son côté, plus le pouvoir de représenter cette dernière au sens de l'art. 65 al. 1 ch. 2 LP, lors de la notification du commandement de payer en cause, le 18 novembre 2015, ni a fortiori celui d'y faire opposition.

Dès lors, et l'Office l'a d'ailleurs admis dans le cadre de la présente procédure de plainte, le commandement de payer litigieux n'est pas parvenu à la connaissance de la société débitrice, laquelle n'a plus d'organe pouvant valablement prendre connaissance de cet acte de poursuite.

Par conséquent, la notification de ce commandement de payer, intervenue le 18 novembre 2015 en mains d'un tiers étranger à la poursuite, est nulle, de même que l'opposition formée par ledit tiers à la poursuite n° 15 xxxx76 J.

La présente plainte s'avère ainsi bien fondée sous cet angle.

- 3.** En revanche, il ne sera pas fait droit aux conclusions de la plaignante tendant à la notification dudit commandement de payer par la voie édictale.

3.1 Selon l'art. 66 al. 4 LP, la notification des actes de poursuite se fait par publication lorsque le débiteur n'a pas de domicile connu (ch. 1), se soustrait obstinément à la notification (ch. 2) ou est domicilié à l'étranger et que la notification prévue à l'alinéa 3 ne peut être obtenue dans un délai convenable (ch. 3).

En raison du risque élevé que le débiteur ne prenne pas effectivement connaissance de la publication, il n'est possible de recourir à la notification par la voie édictale qu'en *ultima ratio*, lorsqu'il n'y a pas d'autres moyens d'atteindre le débiteur. Ainsi faut-il qu'en dépit des recherches et des efforts raisonnablement exigibles de la part du poursuivant et de l'Office, une notification effective au poursuivi par l'une des voies prévues aux art. 64, 65 et 66 al. 1 à 3 LP s'avère impossible. La publication n'entre en considération que lorsque tous les moyens de notifier l'acte effectivement ont échoué. Cette stricte subsidiarité est une condition générale applicable aux trois hypothèses dans lesquelles l'art. 66 al. 4 LP autorise une notification par voie de publication, et notamment à l'hypothèse alléguée par la plaignante en l'espèce, soit le fait que la Sàrl débitrice se soustrairait obstinément à la notification (ATF 129 III 556 consid. 4, JdT 2004 II 26; 128 III 465; GILLIÉRON, Commentaire LP, ad art. 66 n. 46 ss; JEANNERET/LEMBO, *in* CR-LP, ad art. 66 n. 18 ss).

3.2 En application du nouveau droit en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2008, le Préposé du Registre du commerce ou un créancier, notamment, doivent, en présence d'une société dépourvue d'organes et en application de l'art. 731b al. 1 CO, demander au juge civil ordinaire – soit à Genève le Tribunal de première instance (art. 86 LOJ) – la nomination d'un représentant de cette société ou, à défaut, attendre le prononcé de la dissolution et de la liquidation de cette dernière selon les règles de la faillite (art. 731b et 819 CO; ANGST, *in* BaK SchKG-I, n. 10 ad art. 65 LP; d'un avis différent: JAKES, *op. cit.*, pp.16-17, selon lequel une publication s'imposerait dans un tel cas).

3.3 En l'espèce, conformément aux principes rappelés ci-dessus sous ch. **3.1**, il n'apparaît pas, en l'état, que la Sàrl débitrice se soustrairait obstinément à la notification du commandement de payer, poursuite n° 15 xxxx76 J, puisqu'en réalité, cette notification s'avère aujourd'hui objectivement impossible du fait de l'absence d'un organe de cette société habilité à recevoir valablement cette notification.

Il en découle qu'il y a d'abord lieu de réintégrer ladite Sàrl dans une situation conforme à la loi selon la procédure prévue par l'art. 731b CO, à l'initiative soit du Préposé du Registre du commerce soit de la créancière plaignante, cela aux fins de permettre une notification valable en mains de cette société du commandement de payer, poursuite n° 15 xxxx76 J, concerné par la présente plainte.

Cette procédure est en effet indispensable avant d'envisager, le cas échéant, une éventuelle notification par la voie édictale de cet acte de poursuite, si les conditions posées par l'article 66 al. 4 LP devaient alors être remplies, le délai de péremption d'un an de ladite poursuite, prévu par l'article 88 al. 2 LP n'ayant pour le surplus pas commencé à courir, vu la nullité de la première notification intervenue le 18 novembre 2015 (cf. *supra* ch. **2.2**).

La présente plainte sera ainsi rejetée dans cette mesure.

4. Il n'est pas perçu de dépens (art. 62 al. OELP).

* * * * *

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

A la forme :

Déclare recevable la plainte formée par A_____ contre la notification par l'Office des poursuites, le 18 novembre 2015, du commandement de payer, poursuite n° 15 xxxx76 J, en mains de B_____.

Au fond :

L'admet partiellement

Constate la nullité de la notification susmentionnée.

Rejette la présente plainte pour le surplus.

Siégeant :

Madame Valérie LAEMMEL-JUILLARD, présidente; Madame Marilyn NAHMANI et Monsieur Denis KELLER, juges assesseur(e)s; Madame Véronique PISCETTA, greffière.

La présidente :

Valérie LAEMMEL-JUILLARD

La greffière :

Véronique 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.