



POUVOIR JUDICIAIRE

A/263/2021-CS

DCSO/458/21

DECISION

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre de surveillance
des Offices des poursuites et faillites

DU JEUDI 2 DECEMBRE 2021

Plainte 17 LP (A/263/2021-CS) formée en date du 25 janvier 2021 par **A_____ SA**, élisant domicile en l'étude de Me Laurent WINKELMANN, avocat.

* * * * *

Décision communiquée par courrier A à l'Office concerné et par plis recommandés du greffier du **3 décembre 2021**
à :

- **A_____ SA**
c/o Me WINKELMANN Laurent
NOMEA Avocats SA
Avenue de la Roseraie 76A
1205 Genève.
 - **FONDATION B_____**
c/o C_____ SA

_____.
 - **Office cantonal des poursuites.**
-

EN FAIT

A. a. A_____ SA, dont le but social consiste dans l'exploitation d'une entreprise générale du bâtiment, a son siège à Genève. Elle a pour seul organe D_____ et dispose d'une adresse dans les bureaux de la société E_____ SARL sis rue 1_____ à Genève.

b. E_____ SARL est une société de droit suisse dont le but social consiste dans la fourniture de divers services fiduciaires à des entreprises, notamment la tenue de la comptabilité, l'administration et la domiciliation. F_____ en est associée gérante, avec signature individuelle.

G_____, née le _____ 1998, est employée par E_____ SARL à raison de 50% depuis le mois d'août 2019. Ses tâches comprennent l'administration, la comptabilité, les ressources humaines et la réception du courrier, y compris des actes de poursuite. Elle ne dispose selon le Registre du commerce d'aucun pouvoir pour représenter E_____ SARL.

c. A_____ SA et E_____ SARL sont liées par un contrat de mandat daté du 15 janvier 2020 aux termes duquel la seconde s'engage à "*exécuter fidèlement les tâches qui lui sont confiées dans les délais impartis par les différentes institutions étatiques*" (art. 4).

Selon F_____, l'une des tâches assumées par E_____ SARL consiste à négocier, en son propre nom, des arrangements de paiement avec les créanciers de A_____ SA. Ces arrangements de paiement étaient ensuite soumis pour ratification et signature à D_____.

E_____ SARL dispose du timbre humide de A_____ SA. Selon F_____ et G_____, celui-ci ne doit toutefois être utilisé qu'avec la signature de D_____.

B. a. Le 1^{er} octobre 2020, la FONDATION B_____ (ci-après : B_____) a engagé à l'encontre de A_____ SA une poursuite en paiement des montants de 132'945 fr. 30 plus intérêts au taux de 5% l'an à compter du 19 septembre 2020 et de 500 fr. allégués être dus, respectivement, au titre de cotisations deuxième pilier et de frais administratifs.

Un commandement de payer, poursuite n° 2_____, a été établi le 7 octobre 2020 par l'Office cantonal des poursuites (ci-après : l'Office) et notifié le 14 octobre 2020 à l'adresse de A_____ SA, soit dans les locaux de E_____ SARL sis rue 1_____ à Genève, en mains de G_____, laquelle a immédiatement formé opposition.

b. Informée de cette opposition, B_____ a adressé le 19 novembre 2020 à A_____ SA un courrier l'invitant à lui retourner, dûment signée, une déclaration de retrait d'opposition, faute de quoi elle saisirait le Tribunal compétent d'une "*plainte*". L'attention de A_____ SA était par ailleurs attirée sur la possibilité d'adresser à B_____, en même temps que la déclaration de retrait d'opposition

dûment signée, une proposition de paiement échelonné. Six mois plus tôt en effet, soit en mai 2020, un échange de courriels relatif à un règlement échelonné par A_____ SA de l'arriéré de contributions deuxième pilier qu'elle avait accumulé était intervenu entre E_____ SARL, soit pour elle F_____, et B_____, au terme duquel cette dernière avait indiqué demeurer dans l'attente d'une proposition d'échéancier.

c. Le courrier de B_____ du 19 novembre 2020 et son annexe, soit la déclaration de retrait d'opposition dans la poursuite n° 2_____, en l'état non signée, ont été réceptionnés par G_____.

Selon les déclarations de cette dernière, entendue en qualité de témoin, elle a alors apposé le timbre humide de A_____ SA sur la déclaration de retrait d'opposition, l'a signée puis l'a renvoyée à B_____. Elle avait agi ainsi – pour des raisons qu'elle n'est pas parvenue à expliquer de manière satisfaisante – en violation de plusieurs instructions qu'elle avait reçues, notamment celle de ne pas signer de documents dans le cadre de son travail, de référer à F_____ et de ne pas signer de courrier portant le timbre humide de A_____ SA.

Egalement entendue en qualité de témoin, F_____ a confirmé que G_____, dont elle supervisait l'activité au sein de E_____ SARL, ne lui avait montré ni le courrier reçu de B_____ ni la déclaration de retrait d'opposition, laquelle aurait en tout état dû être signée par D_____. A son sens, G_____, qu'elle avait dûment réprimandée, n'avait pas lu le document renvoyé.

Entendu en sa qualité d'organe de A_____ SA, D_____ a confirmé que cette dernière avait donné mandat à E_____ SARL de convenir avec B_____ d'un plan de paiement échelonné de l'arriéré, lequel aurait ensuite dû être validé par lui-même. Il n'avait en revanche jamais autorisé E_____ SARL à retirer pour le compte de A_____ SA l'opposition formée à la poursuite n° 2_____.

d. A réception de la déclaration de retrait d'opposition munie du timbre humide de A_____ SA et portant la signature de G_____, B_____ la communiqua à l'Office, qui enregistra le retrait.

Simultanément à cette communication, B_____ a adressé à E_____ SARL, le 24 novembre 2020, un courriel confirmant la bonne réception de la déclaration de retrait d'opposition et indiquant qu'elle demeurait dans l'attente d'une proposition d'échéancier des paiements.

Le 16 décembre 2020, apparemment sans nouvelles de la part de E_____ SARL, B_____ a requis la continuation de la poursuite n° 2_____.

e. L'Office a donné suite à cette réquisition de continuer la poursuite par l'établissement et la notification à A_____ SA, intervenue le 14 janvier 2021 dans les locaux de E_____ SARL, d'une commination de faillite, poursuite n° 2_____.

-
- C. a.** Par acte adressé le lundi 25 janvier 2021 à la Chambre de surveillance, A_____ SA a formé une plainte au sens de l'art. 17 LP contre la commination de faillite notifiée le 14 janvier 2021, concluant à son annulation. A l'appui de sa plainte, elle a fait valoir que la déclaration de retrait d'opposition avait été signée par une personne autre que D_____, qui seul disposait du pouvoir pour la représenter.
- b.** Par ordonnance du 26 janvier 2021, la Chambre de surveillance a octroyé à la plainte l'effet suspensif requis à titre préalable par la plaignante.
- c.** Dans ses observations du 17 février 2021, l'Office n'a pas pris position sur le bien-fondé de la plainte, relevant qu'il appartenait à la Chambre de surveillance de vérifier la validité des signatures portées sur les actes des parties à une procédure de poursuite.
- d.** B_____, par détermination du 19 février 2021, a pour sa part conclu au rejet de la plainte, faisant valoir en substance que A_____ SA avait à tout le moins créé une apparence de pouvoir de représentation, avec pour conséquence qu'elle était liée par les actes accomplis en son nom.
- e.** La Chambre de surveillance a tenu une audience le 27 avril 2021, au terme de laquelle de nouvelles mesures d'instruction ont été ordonnées et des délais octroyés aux parties pour s'exprimer une nouvelle fois.
- f.** Par détermination du 12 mai 2021, A_____ SA a persisté dans ses conclusions, relevant que G_____ n'avait qualité pour représenter ni A_____ SA ni E_____ SARL, laquelle n'avait elle-même pas qualité pour représenter la plaignante.
- L'Office pour sa part, par courrier du 14 mai 2021, a estimé qu'en retirant l'opposition E_____ SARL avait excédé les limites du mandat qui lui avait été conféré.
- Par détermination du 17 mai 2021, B_____ a elle aussi persisté dans ses conclusions. Admettant que G_____ n'était pas habilitée à signer la déclaration de retrait d'opposition (détermination du 17 mai 2021 chiffre 11), elle a néanmoins considéré que la débitrice, par le truchement de son organe D_____, avait toléré que des courriers portant son timbre et signés par une employée de E_____ SARL soient envoyés à ses créanciers, créant ainsi l'apparence d'un pouvoir de représentation au sens de l'art. 33 al. 3 CO
- g.** La cause a été gardée à juger le 9 juin 2021.

EN DROIT

- 1.** Déposée en temps utile (art. 17 al. 2 LP) et dans les formes prévues 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), auprès de l'autorité compétente pour en connaître (art. 6 al. 1 et 3 LALP);

art. 17 al. 1 LP), à l'encontre d'une mesure de l'Office pouvant être attaquée par cette voie (art. 17 al. 1 LP) et par une partie lésée dans ses intérêts (ATF 138 III 219 consid. 2.3; 129 III 595 consid. 3; 120 III 42 consid. 3), la plainte est recevable.

2. **2.1** L'opposition au commandement de payer (art. 74 al. 1 LP) suspend la poursuite (art. 78 al. 1 LP).

Un retrait de l'opposition par le débiteur est possible (ATF 81 III 94 consid. 2). Pour être valable, la déclaration de retrait doit être donnée sans réserve ni condition (ATF 63 III 146) mais le poursuivi peut la révoquer aussi longtemps qu'elle n'est pas parvenue à l'office des poursuites. Une fois donnée, elle est en revanche irrévocable, d'éventuels vices de la volonté ne pouvant plus être invoqués que dans le cadre d'une action en répétition de l'indu au sens de l'art. 86 LP (ATF 75 III 40; 62 III 125).

La déclaration de retrait de l'opposition est formulée à l'égard de l'office des poursuites. Elle peut lui parvenir directement ou indirectement, notamment par l'intermédiaire du créancier poursuivant si, d'une part, la déclaration est claire et que, d'autre part, il y a lieu d'inférer des circonstances que le débiteur a autorisé cette transmission (ATF 131 III 657 consid. 3).

Sous réserve d'une transmission électronique, la déclaration de retrait d'opposition doit respecter la forme écrite (arrêt du Tribunal fédéral 5A_870/2019 du 17 juin 2020 consid. 2.4). Elle doit en principe émaner du débiteur lui-même ou d'un représentant au bénéfice d'une procuration ou d'un pouvoir de représentation légal (STAEHELIN, BAK SchKG I, N 6 ad art. 79 LP; arrêt de l'Autorité de surveillance du canton de Genève du 9 janvier 1985, in BISchKG 1986 p. 184, consid. 2).

2.2 Dans le cas d'espèce, il a été établi que la déclaration de retrait d'opposition a été signée par une employée de la fiduciaire de la débitrice. Il n'est pas contesté que cette employée ne disposait d'aucun pouvoir de signature individuelle pour la débitrice et que cette dernière ne lui avait conféré aucune procuration l'autorisant à accomplir un acte juridique du genre d'un retrait d'opposition. Elle ne disposait par ailleurs d'aucun pouvoir de signature individuelle pour son employeuse, laquelle ne lui avait pas non plus conféré de procuration couvrant le retrait, pour le compte d'un client, d'une opposition, ce qui dispense la Chambre de céans d'examiner si le contrat de mandat conclu entre la plaignante et sa fiduciaire autorisait cette dernière à retirer une opposition pour le compte de la première.

Il apparaît ainsi que la signataire de la déclaration de retrait d'opposition a agi sans pouvoir.

La poursuivante soutient cependant que, dans la mesure où selon elle l'administrateur unique de la plaignante savait que des courriers munis du timbre humide de celle-ci – qu'il avait lui-même mis à la disposition de la fiduciaire – étaient adressés à certains créanciers, dont elle-même, sous la signature d'une simple employée de ladite fiduciaire et avait toléré cette situation, sa propre bonne

foi devait être protégée en ce sens qu'une procuration "*par tolérance*" ("*Duldungsvollmacht*"; cf. à cet égard JUNG, in KUKO OR, 2014, N 15 ad art. 33 CO) devait être admise et la validité de la déclaration de retrait d'opposition reconnue. Par cette argumentation, la poursuivante méconnaît toutefois que la déclaration de retrait d'opposition n'était pas destinée à elle-même mais à l'Office, et que son rôle s'est résumé à la lui transférer. Or, s'agissant de l'unique communication signée par une employée de la fiduciaire reçue par l'Office, l'existence d'une procuration "*par tolérance*" n'entre d'emblée pas en considération, sans même qu'il faille examiner si, le cas échéant, la bonne foi d'un office des poursuites devrait dans une hypothèse de ce genre bénéficier de la même protection que celle réservée aux tiers.

Il s'ensuit que, signée par une personne ne disposant pas des pouvoirs nécessaires pour représenter la poursuivie dans l'accomplissement d'un tel acte, la déclaration de retrait d'opposition ne déploie aucun effet. L'opposition formée le 14 octobre 2020 demeure donc en vigueur, avec pour conséquence que la commination de faillite notifiée le 14 janvier 2021 est nulle (ATF 92 III 55), ce qui sera constaté. La plainte sera dans cette mesure admise.

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 formée le 25 janvier 2021 par A_____ SA contre la commination de faillite notifiée le 14 janvier 2021 dans la poursuite n° 2_____.

Au fond :

Constate la nullité de ladite commination de faillite.

Siégeant :

Monsieur Patrick CHENAUX, président; Madame Natalie OPPATJA et Monsieur Anthony HUGUENIN, juges assesseur(e)s; 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.