

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1134/2011-AS

DCSO/244/11

DECISION

DE LA COUR DE JUSTICE

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

DU JEUDI 4 AOÛT 2011

Plainte 17 LP (A/1134/2011-AS) formée en date du 15 avril 2011 2010 par
M. S_____.

* * * * *

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

- **M. S_____**
c/o Me Laurent PANCHAUD, avocat
Perréard de Boccard SA
Rue de la Coulouvrenière 29
BP 5710
1211 Genève 11.
- **M_____ SA**
c/o Me Claudio FEDELE, avocat
Avenue Krieg 7
Case postale 209
1211 Genève 17.
- **Office des poursuites.**

EN FAIT

- A. Le 2 décembre 2008, l'Office des poursuites (ci-après : l'Office) a enregistré une réquisition de poursuite dirigée par M_____ SA, contre M. S_____ en recouvrement de 140'000 fr. plus intérêts à 5% dès le 17 mai 2010, au titre de "*Contrat de travail violation de la clause de non concurrence, peine conventionnelle selon l'art. 13*".

Un commandement de payer, poursuite n° 11 xxxx92 B, a été notifié le 11 avril 2011 à M. S_____, qui a formé opposition.

- B. Par acte déposé le 15 avril 2011, M. S_____ a porté plainte contre la notification de cet acte. Il conclut à son annulation et à celle de la poursuite n° 11 xxxx92 B. Le plaignant considère que la poursuite engagée contre lui par M_____ SA est constitutive un abus de droit manifeste et que la poursuivante détourne l'institution du droit de l'exécution forcée de sa finalité à des fins abusives.

M. S_____ et M_____ SA sont en litige concernant la fin de leur rapport de travail, M. S_____ faisant valoir un licenciement abusif et réclamant à M_____ SA une indemnité à ce titre de plus de 215'000 fr et celle-ci contestant tout licenciement abusif.

Pour sa part, M_____ SA fait valoir, reconventionnellement, une indemnité à titre de peine conventionnelle de 140'000 fr. Elle reproche à M. S_____ d'avoir développé une activité concurrente parallèle.

Par jugement du 22 mars 2011, le Tribunal des prud'hommes a donné raison à M. S_____ et condamné M_____ SA à payer à celui-ci la somme de 215'384 fr. 60 avec intérêts de 5% l'an dès le 5 février 2011, sous déduction de 48'016 fr. 45 due à la Caisse cantonale genevoise de chômage. Il a aussi débouté M_____ SA de toutes ses conclusions.

Selon M. S_____, la créance de M_____ SA est donc inexistante et cette société n'avait aucun besoin d'interrompre la prescription puisqu'elle venait d'agir en justice.

- C. Dans son rapport du 16 mai 2011, l'Office relève que les questions relatives à l'existence de la créance et à la qualité de créancier sont de la compétence exclusive du juge du fond sous réserve d'un abus de droit manifeste, lequel ne saurait être retenu en l'espèce. Il relève qu'au moment du dépôt de la réquisition de poursuite, M_____ SA n'avait pas encore connaissance du jugement du Tribunal des prud'hommes, notamment sur sa demande reconventionnelle. L'Office ne pouvait alors conclure à un abus de droit manifeste.

Pour l'Office toujours, sous réserve de faits dont il n'aurait pas connaissance, il semble que M_____ SA n'a plus de motif valable pour maintenir une poursuite à l'encontre de M. S_____ et que, partant, la poursuite soit désormais constitutive d'un abus de droit.

- D.** Invitée à se déterminer, M_____ SA conclut, par lettre du 16 mai 2011, au rejet de la plainte. Elle explique que le jugement du Tribunal des prud'hommes du 22 mars 2011 fait l'objet d'un appel devant la Chambre d'appel des prud'hommes. Elle persiste à soutenir que le congé donné à M. S_____ n'ouvre pas le droit à une indemnité au sens de l'art. 337c al. 3 CO. Elle persiste aussi à réclamer à M. S_____ la peine conventionnelle de 140'000 fr. prévue par l'art. 13 du contrat de travail les liant pour violation de la clause de non-concurrence.
- E.** Par lettre du 6 juin 2011, M. S_____ a persisté dans ses conclusions en expliquant que M_____ SA n'avait pas produit l'acte d'appel. Il soutient aussi qu'à supposer que la Chambre d'appel des prud'hommes admette une créance de M_____ SA de 140'000 fr. fondée sur l'art. 13 du contrat de travail, celle-ci serait compensée par la créance de 215'384 fr. 60 qu'il détient lui-même contre sa partie adverse.
- F.** Par acte du 12 mai 2011, M_____ SA a appelé du jugement du Tribunal des prud'hommes du 22 mars 2011. Elle conclut à l'annulation du jugement et à ce que M. S_____ soit condamné à lui verser la somme nette de 140'000 fr. avec intérêts de 5% dès le 5 février 2010 sous déduction de la somme brute de 75'384 fr. 60 avec intérêts de 5% dès le 5 février 2010.

M_____ SA reconnaît devoir un salaire M. S_____ pour les mois de février à août 2010. En revanche, elle lui conteste tout droit à une indemnité au sens de l'art. 337c al. 3 CO compte tenu de la durée exceptionnelle du délai de congé, soit six mois après moins d'une année de service.

Par lettre du 17 juin 2011, la Chambre d'appel des prud'hommes a fixé un délai de trente jours à M. S_____ pour répondre à l'appel.

- G.** L'argumentation juridique des parties sera examinée ci-après, dans la mesure utile.

EN DROIT

- 1.** L'Autorité de surveillance est compétente pour statuer sur les plaintes formées en application de la LP contre des mesures prises par des organes de l'exécution forcée qui ne sont pas attaques par la voie judiciaire et qui sont contraires à la loi ou ne paraissent pas justifiées en fait (art. 17 LP).

La notification d'un commandement de payer constitue un acte sujet à plainte.

Le plaignant, en tant que poursuivie, a la qualité pour agir par cette voie. Il a agi en temps utile (art. 17 al. 2 LP), en respectant les exigences de forme et de contenu prescrites par la loi (art. 9 al. 1 et 2 LaLP).

2. **2.1.** Sous réserve d'un abus de droit manifeste, il n'appartient ni aux offices des poursuites ni aux autorités de surveillance de décider si une prétention est exigée à bon droit ou non (ATF non publié 7B.219/2006 et 7B.220/2006 du 16 avril 2007 consid. 3.3 ; ATF 115 III 21, SJ 1989 p. 400 consid. 3b ; ATF 113 III 2, JdT 1989 II 120/121 consid. 2b ; ATF 112 III 48, JdT 1988 II 145 ss ;). La plainte ne peut donc jamais aboutir à un jugement sur le fond du droit qui fait l'objet de l'exécution forcée : un tel jugement relève exclusivement de la juridiction civile ou administrative (Pierre-Robert Gilliéron, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 4^{ème} éd., p. 43). Le débiteur qui entend contester la créance en poursuite doit agir par le biais de l'opposition et faire valoir ses griefs dans le cadre de la procédure de mainlevée, et le cas échéant dans le cadre d'une action en libération de dette, de l'annulation ou de la suspension de la poursuite (art. 85 et 85a LP), voire, en dernier ressort, de l'action en répétition de l'indu (art. 86 LP), domaines qui relèvent tous de la compétence exclusive du juge ou des tribunaux ordinaires.

2.2. Le principe de l'interdiction de l'abus de droit, exprimé à l'art. 2 CC et valable dans l'ensemble de l'ordre juridique, est recevable dans l'autorité de surveillance en tant qu'il est dirigé contre l'utilisation même des moyens qu'offre le droit de l'exécution forcée (Flavio Cometta, in SchKG I, ad art. 17 n° 27 ; Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 17 n° 88 ; Franco Lorandi, *Betriebungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit, Kommentar zu den Artikeln 13 – 30 SchKG*, 2000, ad art. 17 n° 274). C'est ainsi que la nullité d'une poursuite pour abus de droit peut être admise dans des cas exceptionnels, en particulier lorsqu'il est manifeste que le créancier agit dans un but sans le moindre rapport avec la procédure de poursuite, en particulier pour délibérément tourmenter le poursuivi ou dans la seule intention de ruiner sa bonne réputation (cf. les arrêts cités au consid. 2.a.). En revanche, la procédure de plainte des art. 17 ss LP ne permet pas d'obtenir l'annulation de la poursuite en se prévalant de l'art. 2 CC, dans la mesure où le grief pris de l'abus de droit est invoqué à l'encontre de la prétention litigieuse, la décision sur ce point étant réservée au juge ordinaire. C'est, en effet, une particularité du droit suisse que de permettre l'introduction d'une poursuite sans devoir prouver l'existence de la créance ; le titre de la créance n'est pas la créance elle-même ni le titre qui l'incorpore éventuellement, mais seulement le commandement de payer passé en force (ATF non publié 5A_250/2007 du 19 septembre 2007 consid. 3.1 *in fine* et les références).

3. En l'occurrence, de telles circonstances exceptionnelles ne sont pas établies. Les prétentions de la poursuivante, basées sur un contrat de travail, font encore l'objet d'un litige pendant devant la juridiction des prud'hommes.
4. Il résulte de ce qui précède que la plainte doit être rejetée dans la mesure de sa recevabilité.

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
L'Autorité de surveillance :**

Rejette, dans la mesure de sa recevabilité, la plainte formée le 15 avril 2011 par M. S_____ sollicitant l'annulation du commandement de payer, poursuite n° 11 xxxx92 B, notifié le 11 avril 2011, pour abus de droit manifeste.

Siégeant :

Monsieur Daniel DEVAUD, président; Madame Valérie CARERA et Monsieur Mathieu HOWALD, juges assesseur(e)s, Madame Paulette DORMAN, greffière.

Le président :

Daniel DEVAUD

La greffière :

Paulette DORMAN

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 l'Autorité 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.