

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3814/2010-AS

DCSO/32/11

DECISION

DE LA COUR DE JUSTICE

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

DU JEUDI 3 FEVRIER 2011

Plainte 17 LP (A/3814/2010-AS) formée en date du 8 novembre 2010 par **M. A_____**.

* * * * *

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

- **M. A_____**
c/o Me Jacques ROULET, avocat
BRS Avocats
Bd des Philosophes 9
1205 Genève.
- **M. T_____**
c/o Me Reynald BRUTTIN, avocat
Rue du Mont-de-Sion 8
1206 Genève.
- **Office des poursuites.**

EN FAIT

- A. Le 2 juillet 2010, l'Office des poursuites (ci-après : l'Office) a enregistré une réquisition de poursuite dirigée par M. T_____, contre M. A_____, domicilié xx, rue V_____, Genève, en paiement de 46'498 fr. 65 plus intérêts à 5% dès le 11 mai 2009 ; le titre de la créance mentionné est : "*montant trop versé*".

A teneur de l'exemplaire pour le créancier, un commandement de payer, poursuite n° 10 xxxx12 P, a été notifié le 25 août 2010 à "*Mme Z_____, son amie*".

Le 10 septembre 2010, l'Office a retourné cet acte, non frappé d'opposition, à M. T_____.

Requis de continuer la poursuite n° 10 xxxx12 P, l'Office a fait notifier, en mains de M. A_____, une commination de faillite le 29 octobre 2010.

Par courrier envoyé sous pli recommandé posté le 8 novembre 2010, M. A_____ a écrit à l'Office que, bien qu'il considère la poursuite comme nulle et de nul effet, il formait opposition au commandement de payer aux fins de préserver ses droits.

- B. Par acte posté le 8 novembre 2010, M. A_____ a formé plainte, assortie d'une demande d'effet suspensif, contre dite commination. Il conclut à l'annulation de la poursuite n° 10 xxxx12 P et de tous les actes consécutifs, en particulier la commination de faillite et à ce qu'il soit ordonné à l'Office de procéder à la radiation de la poursuite considérée. M. A_____ allègue qu'il n'a jamais eu connaissance du commandement de payer notifié le 25 août 2010 en mains d'une certaine Mme Z_____, qui ne fait partie ni de son économie domestique ni ne compte parmi ses employés et "*dont il n'a jamais entendu parler avant l'entame de la présente procédure*". Il précise, par ailleurs, qu'il est domicilié dans la commune de X_____ et marié à Mme L_____.

Par ordonnance du 9 novembre 2010, la Commission de céans a accordé l'effet suspensif à la plainte et imparti à l'Office et à M. T_____ un délai au 3 décembre 2010 pour se déterminer.

L'Office expose que les recherches qu'il a effectuées auprès de l'Office cantonal de la population pour "*retrouver*" Mme Z_____ n'ont rien donné. Il produit notamment le courrier que lui a adressé Postlogistics SA le 29 novembre 2010 à teneur duquel M. M_____, l'agent postal qui a notifié le commandement de payer, certifie "*que la notification auprès de Mme Z_____ a été exécutée selon les renseignements reçus de la part de la personne s'étant identifiée comme tel lors de son passage à l'adresse indiquée sur le c.d.p. (et) qu'il ne s'est pas présenté à l'adresse de l'établissement l'œil tenu par le débiteur. Le concierge*

nous informe que Mme Z_____ ne réside plus à l'adresse mentionnée sur le c.d.p". L'Office déclare s'en rapporter à justice.

M. T_____, qui soutient que le commandement de payer a été valablement notifié en mains Mme Z_____ et que l'opposition formée le 8 novembre 2010 par M. A_____ est donc tardive, conclut au rejet de la plainte.

- C. L'Autorité de céans a ordonné la comparution personnelle des parties ainsi que l'audition, en qualité de témoin, de M. M_____.

Lors de cette audience, qui s'est déroulée le 21 décembre 2010, le témoin a déclaré : *"Je vous confirme que, ce jour-là (le 25 août 2010), je me suis rendu au xx, rue V_____. Il s'agit d'un immeuble dans lequel il n'y a aucun commerce (...) Je me souviens très bien m'être rendu vraisemblablement au 2^{ème} étage de l'immeuble. C'est donc bien que j'avais vu le nom du poursuivi sur une boîte aux lettres. Sur cette boîte se trouvait également le nom de Mme Z_____. Sur la porte, il y avait le nom de cette dernière. En revanche, je suis presque certain qu'il n'y avait pas le nom du poursuivi. J'ai sonné à cette porte. Une dame m'a répondu. Je lui ai demandé si M. A_____ habitait dans cet appartement et elle m'a répondu que c'était son ami (...) Suite à cette notification, je suis retourné à plusieurs reprises à cette adresse et j'ai eu une discussion avec le concierge lequel m'a dit que M. A_____ ne vivait pas dans l'immeuble (...) Après la discussion que j'ai eue avec le concierge, je me suis rendu dans le restaurant du poursuivi afin de savoir si Mme Z_____ y travaillait. Une des employées qui se trouvait là m'a répondu que ce nom ne lui disait rien mais qu'une personne portant un patronyme à consonance similaire y avait travaillé jusqu'au mois d'août 2010"*.

M. A_____ a confirmé les termes de sa plainte. Il a affirmé qu'au mois d'août 2010, il n'était titulaire d'aucun contrat de bail concernant un logement sis, xx, rue V_____, que son nom n'avait jamais figuré sur une boîte aux lettres dans le hall dudit immeuble et qu'il avait pas eu connaissance d'un avis de retrait d'un acte de poursuite.

Le conseil de M. T_____ a sollicité l'audition du facteur postal qui avait remis dans une boîte aux lettres l'avis de retrait d'un acte de poursuite ainsi que celle d'un employé de la Régie G_____ chargé de gestion de l'immeuble sis, xx, rue V_____.

- D. Dans le délai qui leur avait été imparti, l'Office et les parties ont présenté leurs observations.

L'Office a transmis la page de garde du commandement de payer et expliqué que la mention apposée par le facteur "*Pas d'étage, PNSP*" signifie "*pas de nom sur la porte*" et que, selon l'indication "*Av Gve XX_____, 12-8-10*", un avis de retrait, à

la Poste de Genève XX_____ jusqu'au 12 août 2010, avait été déposé dans "une" boîte aux lettres.

M. A_____ a déclaré s'opposer aux auditions demandées, relevant qu'en tout état le commandement de payer n'avait été notifié ni au domicile privé ni au domicile professionnel et que sa notification était donc viciée.

M. T_____ a persisté dans sa première détermination et sollicité, outre les auditions, en qualité de témoins, du facteur postal et de l'employé de la Régie G_____ chargé de gestion de l'immeuble sis, xx, rue V_____, celle de tous les employés de M. A_____, en particulier l'employé ayant indiqué qu'une personne portant un patronyme à consonance similaire "Z_____" (sic) avait travaillé dans l'établissement jusqu'au mois d'août 2010.

- E.** A teneur du Registre du commerce, M. A_____ est inscrit en qualité de titulaire d'une entreprise individuelle, dont le but est l'exploitation d'un dancing à l'enseigne "L_____", xx, rue V_____; il exploite, en outre, un restaurant-snack-bar et un café-restaurant, dont les enseignes sont, respectivement, "L_____", xx, rue V_____ et "P_____", x, rue B_____; Mme D_____ et M. K_____ sont titulaires d'une procuration collective à deux.

Selon les données de l'Office cantonal de la population, M. A_____ est marié à Mme L_____ depuis le 26 novembre 2009 ; il est, depuis le 1^{er} septembre 2005, domicilié au x, chemin E_____ à X_____.

EN DROIT

- 1.** L'Autorité 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. 2 LP).

Une commination de faillite constitue une mesure sujette à plainte et le poursuivi a qualité pour agir par cette voie.

Formée en temps utile et dans les formes prescrites, la plainte sera déclarée recevable (art. 9 LaLP).

- 2.a.** Un commandement de payer - tout comme une commination de faillite - est un acte de poursuite qui doit faire l'objet d'une communication revêtant la forme qualifiée de la notification (art. 72 et 161 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, Voies d'exécution, § 3 n° 20 ss ; Jolanta Kren-Kostkiewicz, Zustellung von Betreuungsurkunden, in BISchK 1996, p. 201 ss, 204; Yves Donzallaz, La notification en droit interne suisse, Berne 2002, p. 212 s. n° 378 s.).

Selon l'art. 72 al. 2 LP, il incombe au préposé de l'Office d'attester le jour où la notification a eu lieu et à qui l'acte a été remis, cette attestation, comme titre officiel au sens de l'art. 9 CC, ayant pleine valeur de preuve pour son contenu, sous réserve de la preuve du contraire (ATF 117 III 13, JdT 1993 II 135 consid. 5c et les réf. à la doctrine et à la jurisprudence ; ATF 120 III 117, JdT 1997 II 54 ; Karl Wüthrich/Peter Schoch, in SchKG I, ad art. 72 n° 14 ; Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, n° 18 ad art. 72).

- 2.b.** A teneur de l'art. 64 al. 1 LP les actes de poursuites sont notifiés au débiteur dans sa demeure ou à l'endroit où il exerce habituellement sa profession ; s'il est absent - de sa demeure ou de son lieu de travail - l'acte peut être remis à une personne adulte de son ménage ou à un employé.

Une personne adulte du ménage du destinataire est celle qui vit avec ce dernier et qui fait partie de son économie domestique, sans nécessairement être membre de sa famille selon l'état civil et dont on peut s'attendre à ce qu'elle transmette l'acte dans le délai utile. Par employé, il faut entendre une personne au service du débiteur et qui lui est subordonné (Yvan Jeanneret/Saverio Lembo, CR-LP ad art. 64 n°^{OS} 24-25).

- 2.c.** En l'espèce, il est constant que le commandement de payer n'a pas été notifié au plaignant mais à une personne qui s'est présentée au notificateur postal comme étant "*son amie*".

Il ressort, par ailleurs, de l'instruction de la cause, et en particulier des déclarations dudit notificateur, que ce dernier ne s'est rendu ni au lieu où le débiteur réside effectivement - en l'occurrence au x, chemin E_____ à X_____ -, ni à son lieu de travail. Il s'est, en effet, rendu au xx, rue V_____, soit à l'adresse mentionnée sur le commandement de payer, dans un immeuble ne comprenant pas de locaux commerciaux et s'est présenté à la porte d'un appartement sur laquelle ne figurait pas le nom du poursuivi.

Force est en conséquence de retenir que cet acte de poursuite n'a pas été notifié à une personne faisant partie du ménage du poursuivi ou à l'un de ses employés.

Partant la notification du commandement de payer, poursuite n° 10 xxxx12 P, est manifestement entachée d'un vice et il n'y a pas lieu de procéder à d'autres actes d'instruction. Sur ce point, l'intimé sera donc débouté de ses conclusions.

3.a. 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, frappée 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 l'autorité de surveillance. Si, malgré le vice de la notification, le commandement de payer est néanmoins parvenu en mains du poursuivi, il produit ses effets aussitôt que celui-ci en a eu connaissance. Dans un tel cas, le délai pour porter plainte contre la notification ou pour faire opposition commence à courir du moment où le débiteur a eu effectivement connaissance de l'acte ou de son contenu essentiel (art. 67 et 69 al. 2 ch. 1 LP), sous peine de forclusion (arrêt du Tribunal fédéral 7B.161/2005 du 31 octobre 2005 consid. 2.1 et les arrêts cités ; Yvan Jeanneret / Saverio Leombo, in CR-LP, ad art. 64 n° 33 s. et les références citées ; Paul Angst, in SchKG I, ad art. 64 n° 23 et les références citées ; Pauline Erard, in CR-LP, ad art. 22 n° 22).

L'annulation, sur plainte, de la notification irrégulière suppose en outre que le poursuivi ait subi un préjudice, par exemple de ne pas avoir pu utiliser le délai d'opposition. Ainsi, en cas de vice dans la notification, le commandement de payer déploie néanmoins ses effets dès que le poursuivi en a eu connaissance. Une nouvelle notification ne donnerait, en effet, au poursuivi aucun renseignement complémentaire sur la poursuite engagée et aboutirait à un formalisme excessif. (arrêt du Tribunal fédéral 5A_215/2007 du 2 octobre 2009 et les arrêts cités ; ATF 120 III 114 consid. 3b ; 112 III 81 consid. 2, JdT 1989 II 2 consid. 2 ; 104 III 12, JdT 1979 II 123).

3.b. *In casu*, il est constant que le plaignant a eu une connaissance effective du commandement de payer et de sa teneur exacte lorsqu'il a reçu la commination de faillite. Sommation réitérée de payer la prétention en poursuite en capital, intérêts et frais (Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 160 n° 6), cette commination de faillite énonçait en effet, en vertu de l'art. 160 al. 1 ch. 1 LP, les indications prescrites pour la réquisition de poursuite, à savoir l'identité du créancier et du poursuivi, le montant de la créance, les titre et date de la créance (art. 67 al. 1 LP), soit les indications essentielles du commandement de payer (art. 69 al. 2 ch. 1 LP). La commination portait en outre le numéro de la poursuite et mentionnait la date du commandement de payer (art. 160 al. 1 ch. 2 LP). A réception de la commination de faillite le 29 octobre 2010, le plaignant disposait dès lors du délai légal de dix jours pour porter plainte et former opposition, lequel expirait le 8 novembre 2010.

En l'occurrence, le plaignant a, par acte posté le 8 novembre 2010, agit en temps utile ; il a également sauvegardé ses droits en formant opposition le même jour, étant rappelé que le délai est réputé respecté si la déclaration d'opposition a été remise à temps à un bureau de poste suisse ou déposée dans une boîte aux lettres

avant minuit (art. 31 LP ; art. 143 al.1 CPC ; ATF 109 Ia 184 consid. 3a, JdT 1984 I 317 ; ATF 98 Ia249 consid. 1, rés. JdT 1974 I 528).

- 3.c.** Conformément aux considérants rappelés ci-dessus, la notification du commandement de payer ne sera pas déclarée nulle ni même annulée et l'Office sera invité à enregistrer l'opposition formée le 8 novembre 2010.
- 4.** La continuation d'une poursuite dans laquelle l'opposition n'est pas levée par une décision définitive et exécutoire étant un motif de nullité de l'acceptation d'y donner suite (art. 22 al. 1 LP), l'Autorité de céans constatera que la commination de faillite notifiée au plaignant le 29 octobre 2010 est nulle et de nul effet.
- 5.** Il s'ensuit que la présente plainte, qui tend à l'annulation de la poursuite n° 10 xxxx12 P et de tous les actes de poursuite qui en résultent, notamment la commination de faillite, ainsi qu'à sa radiation, ne sera que partiellement admise.

* * * * *

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

A la forme :

Déclare recevable la plainte formée le 8 novembre 2010 par M. A_____ contre la commination de faillite, poursuite n° 10 xxxx12 P.

Au fond :

L'admet partiellement.

Invite l'Office des poursuites à enregistrer l'opposition formée le 8 novembre 2010 par M. A_____ au commandement de payer, poursuite n° 10 xxxx12 P.

Constate la nullité de la commination de faillite, poursuite n° 10 xxxx12 P.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Madame Ariane WEYENETH, présidente ; Messieurs Philipp GANZONI et Christian CHAVAZ, juges assesseurs ; Véronique PISCETTA greffière.

La présidente :

Ariane WEYENETH

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 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.