

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/394/2011-AS

DCSO/100/11

DECISION

DE LA COUR DE JUSTICE

Autorité de surveillance
des Offices des poursuites et faillites

DU JEUDI 17 MARS 2011

Plainte 17 LP (A/394/2011-AS) formée en date du 8 février 2011 par S_____ SA.

* * * * *

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

- S_____ SA
c/o M. P_____, administrateur

 - **AXA WINTERTHUR**
Secteur Suisse Romande
Chemin de Primerose 11
1002 Lausanne.

 - **Office des poursuites.**
-

EN FAIT

- A.** Le 5 janvier 2010, l'Office des poursuites (ci-après : l'Office) a enregistré une réquisition de poursuite en paiement de 751 fr. 05 plus intérêts à 5 % dès le 14 septembre 2009 et de 90 fr., dirigée par AXA VERSICHERUNGEN AG contre S_____ SA, domiciliée xx, rue C_____, Genève. La cause de l'obligation mentionnée est, respectivement, une facture du 24 août 2009 et des frais de poursuite.

Un commandement de payer, poursuite n° 10 xxxx73 R, a été notifié le 3 mars 2010 à la poursuivie, en mains de son administrateur, M. P_____, qui a formé opposition.

Par acte déposé le 27 juillet 2010 devant le Tribunal de première instance, AXA VERSICHERUNGEN AG a requis la mainlevée provisoire de cette opposition.

Par jugement du 24 septembre 2010 (JTPI/17221/2010 ; cause C/16965/2010) communiqué pour notification aux parties le 8 octobre 2010, le Tribunal de première instance, statuant par défaut, a prononcé la mainlevée provisoire de l'opposition formée au commandement de payer, poursuite n° 10 xxxx73 R à concurrence de 751 fr. 05 et condamné S_____ SA à payer à AXA VERSICHERUNGEN AG une indemnité à titre de dépens de 150 fr.

Le 30 novembre 2010, l'Office a enregistré une réquisition de continuer la poursuite considérée. Etait joint à cet acte le jugement du 24 septembre 2010 muni des mentions "pas d'opposition à ce jour" et "pas d'instance en libération de dette déposée au Tribunal de première instance à ce jour" et de la date du 23 novembre 2010.

Le 21 janvier 2011, l'Office a fait notifier à S_____ SA, en mains de P_____, une commination de faillite.

- B.** Par acte posté le 8 février 2011, S_____ SA, représentée par son administrateur, a formé plainte contre cette commination de faillite. Elle conclut, avec suite de dépens, à son annulation. En substance, S_____ SA fait valoir que l'opposition qu'elle a formée au commandement de payer n'a pas été levée.

L'Office et AXA VERSICHERUNGEN AG ont conclu au rejet de la plainte.

- C.** A la requête de l'Autorité de surveillance, le Tribunal de première instance lui a transmis un tirage des données de La Poste (Track & Trace), selon lesquelles S_____ SA a reçu un avis de retrait de la convocation pour l'audience du 24 septembre 2010 et du jugement de mainlevée, le 19 août 2010 et le 11 octobre 2010, respectivement. Ces actes ont été retournés à leur expéditeur, faute d'avoir été retirés par leur destinataire.

EN DROIT

1. **1.1.** 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 attaquables 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).

1.2. Une commination de faillite, respectivement sa notification, constituent des mesures sujettes à plainte et la poursuivie a qualité pour agir par cette voie.

L'intéressée a eu connaissance de cet acte le jour de sa notification, soit le 21 janvier 2011. Sa plainte, formée le 8 février 2011, est donc tardive.

Cela étant, la poursuivie, qui déclare que la poursuivante n'a pas obtenu mainlevée de l'opposition qu'elle a formée au commandement de payer, allègue implicitement qu'elle n'aurait pas reçu le jugement rendu par le Tribunal de première instance. Or, si cette allégation se révélait exacte, le jugement serait nul et les autorités de poursuite devraient en tenir compte, c'est-à-dire refuser de continuer la poursuite (ATF 102 III 133, JdT 1978 II 62).

Par ailleurs, les actes de poursuite postérieurs accomplis nonobstant l'opposition sont nuls (Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 78 n° 11 ; Balthasar Bessenich, in SchKG I ad art. 78 n° 1 ; Flavio Cometta, in SchKG I ad art. 22 n° 12 ; Carl Jaeger / Hans Ulrich Walder / Thomas M. Kull / Martin Kottman, SchKG, 4^{ème} éd. 1997, ad art. 22, n° 9 ; ATF 109 III 53 consid. 2b *in fine* ; ATF 85 III 14, 16 s).

La plainte sera en conséquence déclarée recevable, l'Autorité de céans devant, le cas échéant, constater la nullité d'une mesure de l'office des poursuites indépendamment de toute plainte (art. 22 al. 1 2^{ème} phr. LP).

2. **2.1.** L'opposition suspend la poursuite (art. 78 al. 1 LP). Le créancier dont la poursuite se fonde sur une reconnaissance de dette constatée par acte authentique ou sous seing privé peut requérir la mainlevée provisoire (art. 82 al. 1 LP).

Le droit de requérir la continuation de la poursuite se périmé par un an à compter de la notification. Si opposition a été formée, ce délai ne court pas entre l'introduction de la procédure judiciaire ou administrative et le jugement définitif (art. 88 al. 2 LP).

2.2. En l'espèce, la poursuivie a formé opposition au commandement de payer et la poursuivante a obtenu la mainlevée provisoire de l'opposition.

Tant la convocation pour l'audience du 24 septembre 2010 que le jugement de mainlevée du même jour ont été communiqués sous pli recommandé à la plaignante, qui, bien que dûment avisée, n'a pas retiré ces envois dans le délai de garde de sept jours.

A cet égard, il sied de rappeler que lorsque le destinataire d'une notification n'est pas atteint et qu'un avis de retrait est déposé dans sa boîte aux lettres ou dans sa case postale, l'envoi est, selon la jurisprudence, considéré comme notifié au moment où il est retiré. S'il n'est pas retiré dans le délai de garde de sept jours, l'envoi est présumé avoir été notifié le dernier jour de ce délai, dans la mesure où le destinataire aurait dû s'attendre à cette notification (ATF 127 I 31 consid. 2 a.aa, JdT 2001 I 727). Tel est en l'occurrence le cas : la plaignante qui a formé opposition au commandement de payer devait s'attendre à recevoir une convocation du Tribunal de première instance pour une audience de mainlevée, respectivement, un jugement de mainlevée.

2.3. Il s'ensuit que c'est à bon droit que l'Office a donné suite à la réquisition de continuer la poursuite, formée en temps utile (cf. art. 88 al. 2 LP), et qu'il a notifié à la plaignante une commination de faillite, aucune des exceptions prévues à l'art. 43 LP n'étant réalisée.

Infondée la plainte sera rejetée.

- 3.** Conformément aux art. 20a al. 2 ch. 5 LP, 61 al. 2 let. a et 62 al. 2 OELP, il n'est pas perçu d'émolument de justice, ni alloué des dépens.

* * * * *

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

A la forme :

Déclare recevable la plainte formée par S_____ SA contre la commination de faillite, poursuite n° 10 xxxx73 R.

Au fond :

La rejette.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Madame Ariane WEYENETH, présidente ; Messieurs Philipp GANZONI et Philippe VEILLARD, juges assesseurs ; Madame 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.