



POUVOIR JUDICIAIRE

A/4059/2010-AS

DCSO/62/11

DECISION

DE LA COUR DE JUSTICE

Autorité de surveillance
des Offices des poursuites et faillites

DU JEUDI 17 FEVRIER 2011

Plainte 17 LP (A/4059/2010-AS) formée en date du 25 novembre 2010 par W_____ SA.

* * * * *

Décision communiquée par courrier A à l'Office concerné
et par plis recommandés du greffier du 18 février 2011
à :

- **V_____ SA**
c/o Me Fabio SPIRGI, avocat
Keppeler & Associés
Rue Ferdinand-Hodler 15
Case postale 360
1211 Genève 17.
 - **A_____ SA**
c/o Me Patrick UDRY, avocat
Rue de la Rôtisserie 2
Case postale 3809
1211 Genève 3.
 - **Office des poursuites.**
-

EN FAIT

- A. Le 13 octobre 2010, l'Office des poursuites (ci-après : l'Office) a enregistré une réquisition de poursuite dirigée par A_____ SA contre V_____ SA, x, avenue Z_____, Genève en paiement de 117'773 fr. 20 plus intérêts à 5 % dès le 1^{er} mai 2010, au titre de diverses factures.

Un commandement de payer, poursuite n° 10 xxxx49 C, a été notifié à M. C_____ le 3 novembre 2010. L'exemplaire pour le créancier, non frappé d'opposition, a été retourné par l'Office à A_____ SA le 18 novembre 2010.

- B. a. Par acte posté le 25 novembre 2010, W_____ SA, par l'entremise de son administrateur président, M. C_____, a formé plainte, assortie d'une demande d'effet suspensif, contre la notification dudit commandement de payer. Elle demande à l'Autorité de céans de "... suspendre cette commission de faillite et (lui) retourner un commandement de payer à l'adresse de V_____ SA, afin que l'on puisse le faire notifier avec opposition par une personne habilitée". W_____ SA expose que cet acte de poursuite a été notifié par erreur à une personne non autorisée ; elle ne s'explique pas "la présence du nom de M. C_____" qui y figure. Elle expose que V_____ SA partage ses bureaux, x, avenue Z_____ à Genève avec une autre société (H_____ SA), laquelle occupe deux employés qui n'ont aucun lien ou activité commune avec V_____ SA.

Par ordonnance du 30 novembre 2010, l'Autorité de céans a rejeté la demande d'effet suspensif, invité, à titre de mesure provisionnelle et en tant que de besoin, l'Office à surseoir à donner suite à la réquisition de continuer la poursuite n° 10 xxxx49 C et réservé l'audition d'A_____ SA, de V_____ SA, du notificateur et de M. C_____.

Invitée à se déterminer, V_____ SA a répondu qu'elle avait déposé son bilan le 29 novembre 2010 et qu'une audience avait été appointée au 16 décembre 2010. Elle déclarait en conséquence s'en rapporter à justice.

Selon les données du Registre du commerce, M. C_____ était administrateur de V_____ SA, dont le siège est au x, avenue Z_____, jusqu'au 4 août 2010, date à laquelle son inscription a été radiée ; le 20 mai 2010, il a été inscrit en qualité de titulaire d'une procuration individuelle ; cette inscription a été radiée le 21 septembre 2010 ; M. C_____ est, depuis, le 4 juin 2007, administrateur de W_____ SA, dont le siège est au xx, rue C_____, à Genève (dates des publications dans la FOCS). H_____ SA a son siège au x, avenue Z_____ ; ses administrateurs sont M. B_____ et M. J_____.

- b. Entendu en qualité de témoin le 15 décembre 2010, M. C_____ a expliqué que c'est en qualité d'actionnaire de V_____ SA, à hauteur de 17 %, que

W_____ SA avait, par son entremise, formé plainte. Il a affirmé que le commandement de payer considéré ne lui avait pas été notifié en mains propres et qu'il l'avait trouvé dans le bureau qu'il occupe occasionnellement, situé x, avenue Z_____, à une date qu'il ne pouvait préciser, vraisemblablement à la mi-novembre 2010. Sur question, il a précisé qu'à plusieurs reprises il avait, suite à un avis de retrait d'un acte de poursuite déposé dans son bureau, reçu notification de commandements de payer dirigés contre V_____ SA, auxquels il avait systématiquement formé opposition, au guichet de La Poste et a ajouté : *"dans la mesure où le commandement de payer dont il est question n'est pas frappé d'opposition, j'en conclus qu'il ne m'a pas été notifié en mains propres"*. M. C_____ a déclaré que, depuis le mois d'octobre 2010, V_____ SA n'avait plus de bureau au x, avenue Z_____ et qu'il a demandé, à plusieurs reprises, mais sans succès, à l'administrateur de cette société, par l'entremise de son avocat, Me Fabio SPIRGI, de dévier le courrier. Il a ajouté qu'à compter de cette date, tout le courrier arrivant encore à cette adresse était placé dans une enveloppe remise à Me Pierre SAVOY, conseil de W_____ SA, à charge pour lui de la transmettre à Me Fabio SPIRGI et que *"vraisemblablement"* l'acte de poursuite considéré devait se trouver dans l'une d'elles.

Mme P_____, notificatrice postale, a été entendue en qualité de témoin le 11 janvier 2011. Elle a déclaré ne pas se souvenir des circonstances de cette notification faite au guichet de l'office postal X_____, comme l'atteste le tampon figurant au verso de l'exemplaire pour le créancier. Mme P_____ a expliqué : *"Vous me faites observer que je n'ai pas mentionné à quel titre M. C_____ s'est présenté. Peut-être avait-il procuration pour cette société. Si tel est le cas, on doit pouvoir retrouver cette procuration dans le système informatique de La Poste (...) En l'occurrence, si je n'ai pas mentionné en quelle qualité M. C_____ venait retirer cet acte, c'est qu'il avait une procuration de la société débitrice, ce que j'ai dû vérifier. Dans une telle situation, je ne précise pas l'existence de cette procuration (...) Si, en vérifiant sur le site internet du Registre du commerce, je constate que la personne qui veut retirer un acte de poursuite dirigé contre une société est inscrite, sans que sa fonction ne soit mentionnée, je lui notifie l'acte en indiquant ses prénom et nom. Dans le cas d'espèce, je ne me souviens pas si j'ai vérifié sur le site Internet précité et/ou dans le système informatique de La Poste"*.

c. Un délai a été imparti aux parties pour faire part de leurs observations.

V_____ SA s'en est rapportée à justice.

A_____ SA a conclu à l'irrecevabilité de la plainte, W_____ SA n'ayant pas qualité pour agir, subsidiairement à son rejet. Elle soutient que M. C_____ disposait des pouvoirs de représenter V_____ SA, que la notification du commandement de payer est donc valable et qu'en tout état la poursuivie a eu connaissance de cet acte, une première fois par M. C_____ qui le lui a adressé et

une seconde lors de la convocation à la première audience fixée par l'Autorité de céans.

Interpellée par l'Autorité de céans, La Poste a répondu qu'elle n'avait trouvé aucune procuration de V_____ SA en faveur de M. C_____ .

- C. Par jugement du 13 décembre 2010, le Tribunal de première instance a prononcé la faillite de V_____ SA.

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 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).

1.2. La qualité pour porter plainte, qui permet de délimiter le cercle des personnes habilitées à agir, suppose un intérêt digne de protection, conférant la légitimation active à celui qui est titulaire du droit invoqué, soit l'intérêt à la plainte, qui est une condition de recevabilité devant être examinée d'office (ATF 120 III 42 consid. 3 ; Flavio Cometta, SchKG I ad art. 17 n° 36 ss ; Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire ad art. 17 n° 95ss et 140).

Cette qualité est reconnue à toute personne lésée ou exposée à l'être dans ses intérêts juridiquement protégés, ou tout au moins touchée dans ses intérêts de fait, par une mesure ou une omission d'un organe de poursuite (ATF 120 III 42 consid. 3, JdT 1996 II 151 ; Flavio Cometta, SchKG I ad art. 17 n° 36 ss ; Ammon/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs-und Konkurs, § 6 n° 23 ss). Elle est toutefois subordonnée à l'existence d'une lésion ou d'une menace des intérêts juridiquement protégés ou d'une atteinte grave aux intérêts personnels. Seul mérite la protection légale celui qui se trouve dans un rapport suffisamment étroit avec la décision ou mesure attaquée (ATF 122 III 295, JdT 1998 II 120 consid. 2).

1.3. En l'espèce, cette qualité ne saurait être reconnue à une société anonyme, qui, selon son administrateur, serait actionnaire à hauteur de 17 % de la poursuivie.

La plainte doit en conséquence être déclarée irrecevable.

1.4. Elle peut cependant être tenue pour une dénonciation qui justifie l'intervention de l'autorité de surveillance dès lors qu'elle doit en tout temps relever d'office la nullité des actes de poursuites (art. 22 al. 1 LP), sans que le dénonçant acquière la qualité de partie à une procédure de plainte et puisse, en conséquence, exiger une décision dans une affaire qui ne le concerne pas, ni

recourir contre la décision prise d'office par l'autorité de surveillance au sujet de l'acte qui lui a été dénoncé (ATF 112 III 4 consid. 1d, JdT 1988 II 158).

2. L'Autorité de céans examinera donc ci-dessous si la notification du commandement de payer est viciée et, le cas échéant, qu'elles sont les conséquences de ce vice.

2.1. 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 Betreibungsurkunden*, in BLSchK 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, op. cit. n° 18 ad art. 72).

2.2. L'art. 65 al. ch. 2 LP prévoit que lorsque la poursuite est dirigée contre une personne morale, les actes de poursuites sont notifiés à son représentant, à savoir à un membre de l'administration ou du comité, à un directeur ou à un fondé de procuration s'il s'agit notamment d'une société anonyme. Lorsque les personnes susmentionnées ne sont pas rencontrées à leur bureau, la notification peut être faite à un employé (art. 65 al. 2 LP).

Il est, par ailleurs, admis que les personnes désignées à l'art. susmentionné comme représentants peuvent aussi se voir notifier des actes de poursuites en dehors du bureau de la personne morale ou société poursuivie sans nécessairement que la notification soit d'abord tentée à cet endroit. Dans ce cas, il y a lieu d'appliquer les règles de l'art. 64 LP, de sorte que si le représentant n'y est pas personnellement trouvé, l'acte peut valablement être remis à une personne faisant partie de son ménage ou à un employé. En outre, si la société poursuivie est domiciliée auprès d'une autre société, l'acte peut être remis aux représentants de la société domiciliaire (Yvan Jeanneret/Saverio Lembo, CR-LP ad art. 65 n° 18 et les références citées ; Pierre-Robert Gilliéron, *Poursuite pour dettes, faillite et*

concordat, n° 491 ; ATF 119 III 57, JdT 1995 II 137 ; arrêt du Tribunal fédéral 5A_421/2007 du 13 décembre 2007).

2.3. En l'espèce, l'acte en question a, à teneur du procès-verbal de notification, été notifié le 3 novembre 2010 à M. C_____. Or, à cette date, le précité n'était plus administrateur de la poursuivie (son inscription a été radiée le 4 août 2010), ni titulaire d'une procuration individuelle (cette inscription a été radiée le 21 septembre 2010). Il est, par ailleurs, constant que la société poursuivie n'est pas domiciliée auprès de la société dont M. C_____ est administrateur. Au surplus, même à considérer que la poursuivie serait domiciliée auprès de la société qui a des locaux à la même adresse (H_____ SA), M. C_____ n'est pas un représentant de cette dernière. Enfin, il ressort de l'instruction de la cause que le précité n'était titulaire d'aucune procuration l'autorisant à retirer des actes de poursuites dirigés contre la poursuivie auprès de La Poste.

Partant la notification du commandement de payer, poursuite n° 10 xxxx49 C, est manifestement entachée d'un vice.

2.4. 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 Lembo, 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).

2.5. 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).

2.6. En l'espèce, les déclarations de M. C_____ selon lesquelles le commandement de payer en question devait "*vraisemblablement*" se trouver dans une enveloppe contenant le courrier adressé à la poursuivie et qu'il remettait à l'avocat de sa société à charge pour lui de la transmettre au conseil de la poursuivie, ne saurait emporter preuve de la remise effective de cet acte, au demeurant à une date inconnue.

Quant à la plainte, qui a été communiquée sous pli recommandé le 29 novembre 2010 à la poursuivie, elle ne contient aucune des indications essentielles du commandement de payer (art. 67 al. 1 et 69 al. 2 ch. 1 LP). Il en est de même des convocations pour les audiences des 15 décembre 2010 et 11 janvier 2011, lesquelles se limitent à mentionner le n° de la poursuite.

Force est donc de retenir qu'il n'est pas établi que la poursuivie a eu connaissance effective de l'acte de poursuite considéré, lequel n'a en conséquence pas produit ses effets.

2.7. L'Autorité de céans constatera en conséquence la nullité de la notification du commandement de payer, poursuite n° 10 xxxx49 C.

- 3.** Il sera rappelé qu'une poursuite ordinaire, qui, comme en l'espèce, a pour objet une créance née avant l'ouverture de la faillite et qui a été requise avant le prononcé de la faillite, cesse de produire effet (cf. art. 206 al. 1 LP) mais ne doit pas être considérée comme nulle dès l'origine, car elle pourrait renaître si la faillite est close faute d'actif en application de l'art. 230 al. 2 et 4 LP (Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire ad art. 206 n° 14).

* * * * *

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

Constate la nullité de la notification du commandement de payer, poursuite n° 10 xxxx49 C.

Siégeant :

Madame Ariane WEYENETH, présidente ; Messieurs Yves DE COULON et Christian CHAVAZ, 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.