

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4061/2010-AS

DCSO/60/11

DECISION

DE LA COUR DE JUSTICE

Autorité de surveillance
des Offices des poursuites et faillites

DU JEUDI 17 FEVRIER 2011

Plainte 17 LP (A/4061/2010-AS) formée en date du 26 novembre 2010 par **M. M_____**.

* * * * *

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

- **M. M_____**

 - **U_____ 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 28 septembre 2010, l'Office des poursuites (ci-après : l'Office) a enregistré une réquisition de poursuite dirigée par U _____ SA contre M. M _____, domicilié x, chemin C _____, Genève.

A teneur de l'exemplaire pour le débiteur du commandement de payer, poursuite n° 10 xxxx19 L, cet acte a été notifié le 25 octobre 2010 à "*Monsieur M _____ (lui-même)*". Le rapport de notification fait mention de l'heure de cette opération, soit 9 heures 40.

Par courrier, envoyé sous pli recommandé posté le 8 novembre 2010, M. M _____ a déclaré à l'Office qu'il faisait opposition au commandement de payer. Il indiquait : "*J'étais absent lorsque le facteur a remis ce document*".

Par décision datée du 9 novembre 2010, communiquée sous pli recommandé posté le 10 et distribué à son destinataire le 20, l'Office a informé M. M _____ qu'il ne pouvait pas tenir compte de son opposition, le délai expirant le 4 novembre 2010.

Le 9 novembre 2010, l'Office a retourné à la poursuivante l'exemplaire du commandement de payer qui lui était destiné, non frappé d'opposition.

Saisi d'une réquisition de continuer la poursuite n° 10 xxxx19 L, l'Office a fait notifier, en date du 3 décembre 2010, une commination de faillite à M. M _____.

- B. Par acte posté le 26 novembre 2010, M. M _____ a saisi la Commission de céans. Il déclare qu'il était absent le jour de la remise du commandement de payer, et qu'il n'est "*pas d'accord*" avec la mention figurant au verso de cet acte selon laquelle celui-ci lui aurait été remis en mains propres.

L'Office, qui conclut au rejet de la plainte dans la mesure où la notification ne serait pas nulle, produit notamment un courrier que Postlogistics SA lui a adressé le 2 décembre 2010, à teneur duquel, M. F _____, employé postal qui a notifié le commandement de payer le 25 octobre 2010, "*n'a aucun souvenir concernant cette notification contestée par le débiteur*".

Invitée à se déterminer, U _____ SA a conclu au rejet de la plainte dans la mesure de sa recevabilité.

- C. L'Autorité de surveillance a ordonné la comparution personnelles des parties et l'audition, en qualité de témoin, de M. F _____.

M. M _____ a déclaré que le commandement de payer avait été notifié en mains de son épouse et que cette dernière l'avait déposé "*sur la pile de courriers se trouvant sur une table et qu'(il) trie de temps à autre lorsqu'(il) a le temps*". Il ne

se souvenait plus de la date à laquelle il en avait pris connaissance, son épouse ne lui ayant parlé de cet acte que plusieurs jours après la notification, en tout état alors que le délai pour former opposition était déjà échu. Il a précisé qu'il travaillait du lundi au samedi, de 8 h.00 à 18 h.00, voire 19 h. 00 et qu'il n'était par conséquent pas à son domicile lorsque le notificateur postal s'est présenté. M. M_____ a ajouté que son épouse était "*fatiguée suite à une grave maladie*" et, sur question, précisé qu'elle n'était pas atteinte dans sa santé mentale.

M. F_____ a confirmé qu'il n'avait plus aucun souvenir des circonstances de cette notification. Il a toutefois déclaré que s'il avait indiqué dans le procès-verbal de notification que cet acte avait été remis à M. M_____, c'est bien qu'il l'avait rencontré ce jour-là, à défaut, il aurait mentionné les prénom et nom de son épouse.

Dans le délai qui leur avait été imparti suite l'audience, M. M_____ a produit une attestation médicale du Docteur Z_____ datée du 18 janvier 2011, à teneur de laquelle ce dernier certifie suivre à sa consultation Mme M_____, née le xx 1929, depuis 1993 jusqu'à ce jour ; U_____ SA a persisté dans ses conclusions.

- D. M. M_____ est inscrit au Registre du commerce en qualité de titulaire d'une entreprise individuelle dont la raison sociale est "M_____".

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. Les cantons sont compétents pour organiser la procédure de plainte. Les règles qu'ils édictent à cette fin ne doivent rien renfermer de contraire à la lettre et à l'esprit des assez nombreuses règles que comporte le droit fédéral en la matière (art. 20a al. 3 LP ; Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 20a n° 9 ss et 147 ss ; Flavio Cometta, in SchKG I, ad art. 20a n° 2 ss et 48 ; Franco Lorandi, *Betriebsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit. Kommentar zu den Artikeln 13-30 SchKG*, ad art. 20a n° 92 ss).

Selon l'art. 9 al. 1 et 2 LaLP, les plaintes à l'Autorité de céans doivent être formulées par écrit, être rédigées en français, être accompagnées des pièces auxquelles elles renvoient, et être suffisamment motivées. Il est conforme à l'esprit du renvoi que l'art. 9 al. 4 LaLP fait à la LPA d'exiger par ailleurs que les plaintes, ne serait-ce qu'implicitement, désignent la mesure attaquée et comportent les conclusions du plaignant (art. 65 al. 1 LPA).

Cela étant, l'autorité de surveillance n'en doit pas moins interpréter, rectifier ou corriger les conclusions prises et peut tenir compte de conclusions implicites (Pauline Erard, in CR-LP, ad art. 17 n° 33 ; Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 18 n° 63 et ad art. 20a n° 71 *in fine*). Dans cette mesure et sous réserve de l'art. 22 LP, les art. 20a al. 2 ch. 3 LP et 69 al. 1 LPA ne lui font qu'interdiction de statuer *ultra* ou *extra petita*, soit d'allouer au plaignant davantage ou autre chose que ce qu'il réclame, respectivement de réformer la décision de l'Office *in pejus*, soit au détriment du plaignant (Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 20a n° 70 ss ; cf. ég. Franco Lorandi, Kommentar zu den Art. 13-30 SchKG, ad art. 20a n° 48 ss, 135).

1.3. En l'espèce, le plaignant ne prend pas de conclusions formelles. Il ressort toutefois de son acte, qu'il a rédigé sans l'assistance d'un avocat, qu'il se plaint d'un vice dans la notification du commandement de payer. Il a, par ailleurs, agi dans les dix jours à compter de la connaissance du refus de l'Office de prendre en considération son opposition formée le 8 novembre 2010. L'Autorité de céans retient en conséquence que la plainte a pour objet la décision de l'Office et qu'elle contient implicitement une requête en restitution du délai pour former opposition.

La plainte sera en conséquence déclarée recevable.

- 2.** **2.1.** Un commandement de payer est un acte de poursuite qui doit faire l'objet d'une communication revêtant la forme qualifiée de la notification (art. 72 LP). Cette dernière consiste en la remise par un employé de l'Office ou de la poste de l'acte ouvert au débiteur ou, en l'absence de ce dernier, à l'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 (Roland Ruedin, in CR-LP, ad art. 72 n° 2 ; Karl Wüthrich / Peter Schoch, in SchKG I, ad art. 72 n° 11 s. ; Walter A. Stoffel, Voies d'exécution, § 3 n° 20 ss ; Jolanta Kren-Kostkiewicz, Zustellung von Betreibungsurkunden, in BISchK 1996, p. 201 ss, 204). Le commandement de payer est rédigé en double. Un exemplaire est destiné au débiteur, l'autre au créancier (art. 70 al. 1 1^{ère} et 2^{ème} phr. LP).

2.2. 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).

C'est sur l'Office que pèse le fardeau de la preuve de la notification régulière des actes de poursuite, sans préjudice d'une obligation du poursuivi de collaborer à l'établissement des faits (art. 20a al. 2 ch. 2 LP).

2.3. L'art. 64 al. 1 *in fine* LP prescrit que si le débiteur est absent, 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.

- 3.** **3.1.** En l'espèce, il ressort du procès-verbal de notification que le commandement de payer a été notifié en mains du plaignant, ce que ce dernier conteste, affirmant qu'il a été remis à son épouse, lui-même se trouvant, à ce moment-là, sur son lieu de travail. Lors de son audition, le notificateur postal a déclaré ne pas se souvenir des circonstances de la notification, précisant toutefois que s'il avait notifié l'acte à ladite épouse, il aurait indiqué ses prénom et nom et lien de parenté avec le poursuivi.

L'Autorité de céans considère qu'il n'y a pas lieu d'instruire plus avant la question de savoir si l'acte en question a été remis au plaignant ou à l'épouse de ce dernier. Il est, en effet, constant que cet acte a bien été notifié au domicile du poursuivi et que son épouse est une personne adulte de son ménage.

3.2. Le plaignant a déclaré que cette dernière, qui était âgée de septante-et-un ans lors des faits, était "*fatiguée*" suite à une grave maladie. Il a toutefois précisé que son épouse n'était pas atteinte dans sa santé mentale, ce qui exclut une éventuelle incapacité de discernement - le médecin traitant de cette dernière s'est du reste limité, dans son attestation, à certifier qu'il la suivait depuis 1993 - (cf. Yvan Jeanneret/Saverio Lembo, CR-LP ad art. 64 n° 24 et les réf. citées). Au demeurant, sachant que son épouse dépose le courrier sur une table de l'appartement et qu'elle ne l'informe pas nécessairement des lettres recommandées qui lui sont communiquées, ni, à fortiori, des actes de poursuites, il incombe au plaignant d'en prendre connaissance sans délai et non de le trier "*de temps à autre lorsqu'(il) a le temps*", en l'occurrence, comme il l'a allégué, plus de dix jours après la remise de l'acte en question.

3.3. Il s'ensuit que ce commandement de payer a été valablement notifié le 25 octobre 2010 et que cette notification fixe le *dies a quo* du délai pour porter plainte contre la notification ou pour former opposition (art. 74 al. 1 LP), même s'il est parvenu à la connaissance du poursuivi ultérieurement. Ledit délai expirait donc le 4 novembre 2010 (art. 31 LP ; art. 142 al. 1 CPC). Seule une notification irrégulière a, en effet, pour conséquence que le délai commence à courir du moment où le poursuivi a eu effectivement connaissance de l'acte (arrêt 5A_6/2008 du 5 février 2008 ; ATF 128 III 101 consid. 2, JdT 2002 II 23 ; ATF 120 III 114 consid. 3b, JdT 1997 II 50).

Formée le 8 novembre 2010, l'opposition est donc tardive et c'est à bon droit que l'Office a refusé d'en tenir compte.

C'est également à bon droit que l'Office a fait notifier une commination de faillite au plaignant, ce dernier étant inscrit au Registre du commerce en qualité de chef d'une raison individuelle (art. 39 al. 1 ch.1 LP).

4. Mal fondée, la plainte sera rejetée.

5. **5.1.** Selon l'art. 33 al. 4 LP, quiconque a été empêché sans sa faute d'agir dans le délai fixé peut demander à l'autorité de surveillance qu'elle lui restitue ce délai. L'intéressé doit, à compter de la fin de l'empêchement, déposer une requête motivée dans un délai égal au délai échu - ce qui suppose qu'il a valablement couru, en particulier, s'agissant du délai pour former opposition, que la notification est valable - et accomplir auprès de l'autorité compétente l'acte juridique omis (Pierre-Robert Gilliéron, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 4^{ème} éd., n° 707). Cette disposition est applicable à la restitution du délai de dix jours pour former opposition à un commandement de payer (art. 74 al. 1 LP ; Carl Jaeger / Hans Ulrich Walder / Thomas M. Kull / Martin Kottmann, in SchKG, ad art. 33 n° 18).

La restitution du délai est subordonnée à l'absence de toute faute quelconque (empêchement non fautif). Entrent en ligne de compte non seulement l'impossibilité objective ou la force majeure, mais aussi l'impossibilité due à des circonstances personnelles ou à une erreur excusable. Ces circonstances doivent être appréciées objectivement, appréciation qui permet d'exiger du représentant professionnel un devoir de diligence plus grand que celui d'un intéressé, non familier de la procédure (Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 33 n° 40).

Parmi les exemples d'empêchement non fautif tirés de la jurisprudence, on trouve l'incapacité passagère de discernement, un accident ou une maladie subite et grave, un renseignement erroné donné par l'autorité compétente au sujet des voies de droit, une erreur provoquée par une décision peu claire. En revanche, une absence momentanée ou une brève maladie ne constituent pas un motif de restitution du délai (cf. Jean-François Poudret, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, Stampfli 1990, vol. I, ad art. 35 p. 247 et ss.).

5.2. En l'espèce, force est de retenir que le plaignant n'a pas agi auprès de l'Autorité de céans dans le délai prescrit et qu'en tout état la condition d'un empêchement non fautif n'est pas réalisée (cf. consid. **3.2.** ci-dessus).

Cette requête doit en conséquence être rejetée.

6. L'Autorité de céans rappellera ici que le plaignant qui entend contester la créance en poursuite doit agir par le biais de l'action en annulation ou en suspension de la

poursuite (art. 85 et 85a LP ; cf. également art. 173 al. 1 LP), voire, en dernier ressort, par celui de l'action en répétition de l'indu (art. 86 LP). Ces actions relèvent toutes de la compétence exclusive du juge ordinaire, devant lequel le plaignant sera renvoyé à agir, s'il l'estime opportun.

* * * * *

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

A la forme :

Déclare recevable la plainte formée le 26 novembre 2010 par M. M_____ contre la décision de l'Office des poursuites refusant de tenir compte de l'opposition formée au commandement de payer, poursuite n° 10 xxxx19 L.

Au fond :

La rejette.

En tant que de besoin, rejette la requête en restitution du délai pour former opposition au commandement de payer, poursuite n° 10 xxxx19 L.

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.