

NE_GERICHTE ASSLP.2016.4 vom 1. September 2016

NE Tribunal cantonal, 2016-09-01, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_ASSLP.2016.4

FR: NE_GERICHTE ASSLP.2016.4 du 1 septembre 2016

IT: NE_GERICHTE ASSLP.2016.4 del 1 settembre 2016

Erwägungen

E. 4

Selon l'article 72 LP, la notification du commandement de payer est opérée par le préposé, par un employé de l'office ou par la poste (al. 1). Celui qui procède à la notification atteste sur chaque exemplaire le jour où elle a eu lieu et la personne à laquelle l'acte a été remis (al. 2). La notification de la commination de faillite intervient selon les mêmes modalités, l'article 161 al. 1 LP renvoyant à l'article 72 LP. Lorsque la poursuite est dirigée contre une personne morale ou une société, les actes de poursuite sont notifiés à son représentant, à savoir à l'un des associés gérants ou au fondé de procuration s'il s'agit d'une société en nom collectif (art. 65 al.1 ch. 4 LP). La notification s'opère par la présentation de l'acte (écrit), ouvert au débiteur, car la remise d'un pli fermé ne rapporte pas la preuve du contenu du pli et ne permet pas de vérifier l'identité des deux exemplaires de l'acte; le fonctionnaire chargé de la notification dresse sur-le-champ un procès-verbal sommaire de la remise de l'acte sur la formule ad hoc; si le destinataire refuse d'accepter le document, l'agent notificateur prend acte du refus, mais la notification est tenue pour opérée (Gilliéron, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, n. 488 et les références citées). Selon la jurisprudence, le refus préalable et par téléphone du destinataire d'un commandement de payer de se prêter à sa notification doit inciter le préposé à l'Office des poursuites à faire procéder à la notification par un fonctionnaire communal ou un agent de police, mais ne l'autorise pas à déposer l'acte de poursuite dans la boîte aux lettres du destinataire (ATF 117 III 7, traduit au JT 1993 II 137, cons. 3b). Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser cette jurisprudence dans un arrêt du 28.10.2002 [7B.161/2002], en indiquant qu'elle valait lorsqu'il n'y avait pas eu de contact personnel (« ein persönlicher Kontakt ») entre l'agent notificateur et le débiteur. Ainsi, lorsque le débiteur, informé téléphoniquement au préalable qu'un commandement de payer lui serait notifié, indiquait qu'il n'ouvrirait pas la porte de son logement, on ne pouvait retenir un refus de réception de l'acte. En revanche, lorsque l'agent notificateur est en mesure de présenter l'acte directement au débiteur et que celui-ci indique ne pas vouloir le réceptionner ni le signer, le dépôt de l'acte dans la boîte aux lettres du débiteur est admissible, dans la mesure où l'on est alors effectivement en présence d'un refus de notification. En l'espèce, il découle du courriel adressé le 17 décembre 2015 par B. à un employé de l'office des poursuites, que l'agent de la sécurité urbaine de la Ville de Neuchâtel appelé à notifier le commandement de payer puis la commination de faillite, a considéré que Z. était présent dans les locaux de la société mais refusait d'ouvrir la porte munie d'un œil-de-bœuf. Préalablement, un contact avait été établi téléphoniquement avec le représentant de la débitrice, qui avait répondu « ne pas se sentir concerné » et « qu'il ne donn[er]ait pas suite ». Les tentatives subséquentes d'entrer en contact par téléphone avec Z. s'étaient révélées vaines, de même que les contacts que tentait d'établir la société D., mandatée par la Ville de Neuchâtel. Il ressort de cette description ainsi que des indications apposées sur le commandement de payer et sur la

commination de faillite qu'après une première notification infructueuse, la deuxième serait intervenue « au destinataire ». Or il n'y a pas eu à cette occasion de contact direct entre l'agent notificateur et le débiteur mais seulement la supposition que celui-ci se trouvait dans les locaux et refusait d'ouvrir. Peu importe, au regard de la jurisprudence précitée, que cette supposition soit exacte ou non puisque lorsqu'il n'y a pas de contact direct entre les intéressés, la notification n'est pas considérée comme valable par le dépôt de l'acte dans la boîte aux lettres de l'intéressé, ce qui doit a fortiori valoir pour le dépôt de l'acte directement à même le sol de la porte palière. Contrairement à ce qu'a retenu l'AiSLP, on ne saurait retenir les conséquences d'un refus de notification. Il convient alors bien au contraire de procéder conformément à l'article 66 al. 4 ch. 2 LP, soit par une notification par publication lorsque le débiteur se soustrait obstinément à la notification. En effet, la notification par voie édictale a été introduite dans la loi parce qu'en cas de notification par la poste, la fiction de notification le dernier jour du délai de garde postal ne s'applique pas ; il convenait de créer une autre présomption de notification lorsque les tentatives de notification selon les modes prévus par la loi échouaient les unes après les autres parce que le destinataire entendait s'y soustraire. Une double tentative de notification selon les modes prescrits par loi, suivie d'un échec, est la condition minimale pour recourir à la notification par publication officielle (Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, n. 61, 63 et 66, ad art.66 LP). En l'occurrence, ces conditions sont remplies et il existait donc une possibilité de notification conforme à la loi, le procédé admis par l'AiSLP ne l'étant pas.

E. 5

Selon la jurisprudence, « [e]n principe, la notification irrégulière du commandement de payer n'est pas sanctionnée de nullité absolue : l'acte est simplement annulable dans le délai de plainte de dix jours de l'article 17 al. 2 LP. Ce n'est que si l'acte n'est pas du tout parvenu en mains du débiteur que la poursuite est absolument nulle et que sa nullité peut et doit être constatée en tout temps. 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 » (arrêt du TF du 31.10.2005 [7B.161/2005] cons. 2.1 et les références citées). En l'occurrence, l'associé-gérant de la recourante affirme avoir eu connaissance incidemment, le 30 novembre 2015, de la commination de faillite et n'avoir jamais eu connaissance du commandement de payer. Ces affirmations ne peuvent être vérifiées par des moyens de preuve probants. Peu importe en définitive, puisqu'il appartient à l'autorité de prouver la réception de l'acte, lorsque sa notification est irrégulière et que la présomption de notification ne s'applique pas. Il s'ensuit que le commandement payer (jamais reçu) doit être sanctionné de nullité absolue et que la commination de faillite (attaquée dans le délai de 10 jours dès sa découverte) doit être annulée, ces deux actes ayant été incorrectement notifiés à la débitrice.

E. 6

Le recours doit dès lors être admis. Il est statué sans frais (art. 20a al. 2 ch. 5 LP), ni dépens (art. 62 al. 2 OELP).