



POUVOIR JUDICIAIRE

A/2958/2018-CS

DCSO/617/18

DECISION

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre de surveillance
des Offices des poursuites et faillites

DU JEUDI 29 NOVEMBRE 2018

Causes jointes A/2958/2018-CS et A/9_____/2018-CS, plaintes 17 LP formées en date des 31 août 2018 par **A**_____ et 4 septembre 2018 par **B**_____, élisant toutes deux domicile en l'étude de Me Jonathan COHEN, avocat.

* * * * *

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

- **A**_____
B_____
c/o Me COHEN Jonathan
CDL Avocats
Rue De-Candolle 18
1205 Genève.

- **C**_____
D_____
c/o Me PATEK Serge
BARTH & PATEK
Boulevard Helvétique 6
Case postale
1211 Genève 12.

- **Office des poursuites.**

et pour information à :

- **Tribunal de première instance**, cause
C/4_____/2017.

EN FAIT

A. a. Le 29 mars 2017 deux commandements de payer, portant sur la somme de 25'000 fr. avec intérêts, ont été notifiés à A_____ (poursuite n° 1_____) et B_____ (poursuite n° 2_____), à la requête de D_____ et C_____, pour une créance alléguée due au titre de "prix de vente du fonds de commerce du salon de coiffure et de l'onglerie sis rue 3_____ à Genève, selon contrat de vente du 12 mars 2016", auxquels oppositions ont été formées.

b. Par jugements JTPI/15356/2017 et JTPI/15348/2017 du 22 novembre 2017, le Tribunal de première instance (ci-après: le Tribunal) a prononcé la mainlevée provisoire des oppositions formées aux commandements de payer précités, à concurrence de 12'000 fr., plus intérêts, au motif qu'au moment du dépôt des requêtes en mainlevée, seule cette somme était exigible sur les 25'000 fr. réclamés.

c. Par acte du 18 décembre 2017, A_____ et B_____ ont saisi conjointement le Tribunal d'une action en libération de dette, concluant à ce qu'il soit dit qu'elles ne doivent pas la somme de 25'000 fr. faisant l'objet des poursuites n° 1_____ et 2_____, ni toute autre somme, à D_____ et C_____, que lesdits commandements de payer n'iront pas leur voie et que ceux-ci soient annulés (C/4_____/2017).

La procédure est toujours en cours.

d. Le 10 janvier 2018 deux commandements de payer, portant sur la somme de 9'000 fr. avec intérêts, ont été notifiés à A_____ (poursuite n° 5_____) et B_____ (poursuite n° 6_____), à la requête de D_____ et C_____, pour une créance alléguée due au titre de "mensualités dues au titre du prix de vente du fonds de commerce du salon de coiffure et de l'onglerie (...), auxquels oppositions ont été formées.

e. Par courrier du 19 janvier 2018, le conseil de A_____ et B_____ a informé le Tribunal des poursuites précitées et réservé la modification de ses conclusions dans le cadre de la cause C/4_____/2017, afin qu'il en soit tenu compte.

f. Par jugements JTPI/10325/2018 et JTPI/10322/2018 du 27 juin 2018, le Tribunal a prononcé la mainlevée provisoire des oppositions formées aux commandements de payer, poursuites n° 5_____ et n° 6_____, à concurrence de 9'000 fr., plus intérêts.

g. Par courrier du 10 juillet 2018, le conseil des poursuivies a informé l'Office des poursuites (ci-après: l'Office) de ce qu'une action en libération de dette pour l'ensemble de la prétendue créance de D_____ et C_____ en 25'000 fr. était pendante devant le Tribunal, et que celle-ci faisait obstacle à la continuation de toutes les poursuites susmentionnées.

L'Office a pris note de ce qui précède par courriel du 25 juillet 2018.

h. Le 14 août 2018 deux commandements de payer, portant sur la somme de 3'000 fr. avec intérêts, ont été notifiés à A_____ (poursuite n° 7_____) et B_____ (poursuite n° 8_____), à la requête de D_____ et C_____, pour une créance alléguée due au titre de "mensualités dues au titre du prix de vente du fonds de commerce du salon de coiffure et de l'onglerie (...), auxquels oppositions ont été formées.

i. Les 22 et 28 août 2018, deux comminations de faillite ont été notifiées à respectivement A_____ (poursuite n° 5_____) et B_____ (poursuite n° 6_____).

j. Par courrier du 28 août 2018, le conseil des poursuivies a demandé à l'Office d'annuler les comminations précitées, au motif qu'une action en libération de dette était pendante devant le Tribunal pour l'ensemble de la prétendue créance de D_____ et C_____.

k. Par courriel du 31 août 2018, l'Office a répondu que l'action en libération de dette ne suspendait que la ou les poursuites explicitement attaquées par celle-ci, de sorte que les comminations de faillite éditées dans les poursuites n° 5_____ et n° 6_____ étaient conformes au droit.

l. Le 3 septembre 2018, A_____ et B_____ ont déposé devant le Tribunal de nouvelles conclusions dans le cadre de l'action en libération de dette (C/4_____/2017), concluant à ce qu'il soit dit que les commandements de payer notifiés dans le cadre des poursuites n° 1_____, n° 2_____, n° 5_____, n° 6_____, n° 7_____ et n° 8_____ n'iront pas leur voie et à ce que ceux-ci soient annulés.

B. a. Par actes des 31 août et 4 septembre 2018, A_____ (A/2958/2018) et B_____ (A/9_____/2018) ont formé plainte contre les comminations de faillites à elles notifiées dans le cadre des poursuites n° 5_____ et n° 6_____, concluant, préalablement, à la jonction des procédures et, principalement, à l'annulation des comminations de faillite. Elles ont sollicité l'octroi de l'effet suspensif à leur plainte.

b. Par ordonnance du 11 septembre 2018, la Chambre de céans a ordonné la jonction des causes A/2958/2018 et A/9_____/2018 sous n° A/2958/2018 et accordé l'effet suspensif assortissant la plainte formée le 31 août 2018 par A_____ ainsi que celle formée le 4 septembre 2018 par B_____.

c. Par réponse du 3 octobre 2018, D_____ et C_____ ont conclu au rejet des plaintes, sous suite de frais et dépens.

d. Dans son rapport du 3 octobre 2018, l'Office a conclu au rejet des plaintes.

e. Le 4 octobre 2018, les parties et l'Office ont été informé de ce que l'instruction de la cause était close, sous réserve de mesures d'instruction complémentaires.

f. Le 12 octobre 2018, A_____ et B_____ ont répliqué et persisté dans leurs conclusions. Leur détermination a été transmise aux intimés et à l'Office le 15 octobre 2018.

EN DROIT

1. **1.1** La Chambre de surveillance est compétente pour statuer sur les plaintes formées en application de la LP (art. 13 LP; 126 al. 2 lit. c LOJ; 6 al. 1 et 3 et 7 al. 1 LaLP) contre des mesures de l'Office non attaquables par la voie judiciaire (art. 17 al. 1 LP), telle une commination de faillite.

1.2 Déposées dans le délai de dix jours dès la notification des comminations de faillite (art. 17 al. 2 LP) et respectant les exigences de forme prescrites par la loi (art. 9 al. 1 LaLP et art. 65 al. 1 et 2 LPA, applicable par renvoi de l'art. 9 al. 4 LaLP), les plaintes sont recevables.

2. Les plaignantes reprochent à l'Office de n'avoir pas considéré que l'action en libération de dette pendante devant le Tribunal faisait obstacle à la continuation de toutes les poursuites intentées à leur encontre par les intimés, et relatives à la même créance de 25'000 fr., objet de l'action.

2.1.1 Lorsque la mainlevée provisoire de l'opposition formée par le débiteur a été prononcée, ce dernier peut, dans un délai de vingt jours, intenter au for de la poursuite une action en libération de dette (art. 83 al. 2 LP). Il s'agit là d'une action de droit matériel, instruite en la forme ordinaire (ATF 136 III 566 consid. 3.3). Aussi longtemps qu'une telle action est pendante, la poursuite ne peut être continuée sous réserve des mesures de sûreté prévue par l'art. 83 al. 1 LP, soit, si le débiteur est soumis à la poursuite par voie de saisie, la saisie provisoire et, s'il est soumis à la poursuite par voie de faillite et que les conditions de l'art. 162 LP sont réalisées, la prise d'inventaire (VOCK, in KUKO SchKG, 2ème édition, 2014, N 5 ad art. 83 LP).

L'action en libération de dette de l'art. 83 LP est une action en constatation négative de droit matériel, qui aboutit à un jugement revêtu de l'autorité de la chose jugée en dehors de la poursuite en cours quant à l'existence de la créance litigieuse (SCHMIDT, Commentaire romand de la LP, n. 10 ad art. 83 LP).

Une action en constatation négative de droit peut être introduite par le poursuivi avant tout jugement de mainlevée, mais en tant qu'action en libération de dette elle est prématurée. L'action négative de droit intentée avant l'octroi de la mainlevée provisoire au poursuivant se transforme automatiquement en une action dite en libération de dette si la mainlevée provisoire est prononcée pendant la litispendance. Le poursuivi n'a donc pas à introduire une nouvelle action en respectant le délai légal de l'art. 83 al. 2 LP, et l'action pendante constitue un obstacle dirimant à la continuation de la poursuite (GILLIERON, Commentaire LP, n. 102 ad art. 83 LP; ATF 117 III 17 consid. 2b, JdT 1993 II 158; ATF 128 III 383

consid. 4.3; voir également TENCHIO, Feststellungsklagen und Feststellungsprozess nach Art. 85a SchKG, Zurich 1999, p. 87 ss).

Il n'appartient en principe pas à l'office, saisi d'une requête de continuation de la poursuite, de se prononcer sur la recevabilité de l'action en libération de dette introduite par le débiteur, en particulier sur la question de savoir si elle a été introduite en temps utile : cette décision revient en effet au juge civil saisi de cette action (ATF 101 III 40 consid. 3). Ce n'est que si le caractère tardif de l'action est d'emblée manifeste que l'office peut, sans attendre la décision du juge civil, donner suite à la réquisition de continuer la poursuite (même référence; STAEHELIN, in BAK SchKG I, 2^{ème} édition, 2010, N 33 ad art. 83 LP).

2.1.2 Le débiteur poursuivi peut agir en tout temps au for de la poursuite pour faire constater que la dette n'existe pas ou plus, ou qu'un sursis lui a été accordé. S'il admet la demande, le tribunal ordonne l'annulation ou la suspension de la poursuite (art. 85a al. 1 et 3 LP).

Si le juge estime que l'action est très vraisemblablement fondée, il ordonne la suspension provisoire de la poursuite, s'il s'agit d'une poursuite par voie de faillite, après la notification de la commination de faillite (art. 85a al. 2 ch. 2 LP).

La procédure de conciliation n'a pas lieu en cas d'action relevant de la LP, en constatation (art. 85a LP) (art. 198 let. e ch. 2 CPC).

2.1.3 Le demandeur intente une action en constatation de droit pour faire constater par un tribunal l'existence ou l'inexistence d'un droit ou d'un rapport de droit (art. 88 CPC).

Récemment, le Tribunal fédéral a assoupli les conditions auxquelles est admise l'action en constatation négative de droit du débiteur poursuivi qui a formé opposition (ATF 141 III 68, consid. 2.7; BOHNET, L'intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC): retour sur l'ATF 141 III 68, in RSPC 2017, p. 181).

2.1.4 Dès réception de la réquisition de continuer la poursuite, l'office des poursuites adresse sans retard la commination de faillite au débiteur sujet à la poursuite par voie de faillite (art. 159 LP).

L'art. 159 LP se réfère à la période suivant la phase introductive, au terme de laquelle le commandement de payer est devenu exécutoire et définitif, parce que, alternativement, l'action en libération de dette a été rejetée ensuite d'une décision ayant acquis autorité de chose jugée ou la poursuite n'a pas été annulée ou suspendue dans le cadre d'une procédure judiciaire sommaire (art. 85 LP) ou ordinaire (art. 85a LP) (COMETTA, Commentaire romand de la LP, n. 3 ad art. 159 LP).

2.2 En l'espèce, les premières poursuites intentées par les intimés portaient sur la totalité de la créance de 25'000 fr. alléguée due au titre du prix de vente du fonds de commerce du salon de coiffure et de l'onglerie sis rue 3_____ à Genève.

La mainlevée provisoire n'a été accordée qu'à concurrence de 12'000 fr., seul montant exigible.

Il en découle que l'action déposée le 18 décembre 2017 par les plaignantes, dans le cadre des poursuites alors en cours (poursuites n° 1_____ et n° 2_____), et portant sur la somme totale de 25'000 fr., ne vaut action en libération de dettes au sens strict qu'à concurrence du montant pour lequel la mainlevée a été prononcée, soit 12'000 fr. Pour le solde, en 13'000 fr. elle doit être considérée comme une action en constatation négative de droit, sans qu'il appartienne à la Chambre de céans de déterminer le fondement de celle-ci (art. 85a LP ou 88 CPC), déposée avant que de nouvelles poursuites ne soient intentées pour le solde précité.

Les intimés ne contestent pas que les poursuites ayant conduit à la notification des comminations de faillite querellées concernent la créance de 25'000 fr., objet de la procédure pendante devant le Tribunal. Cela ressort d'ailleurs clairement du libellé des commandements de payer, poursuites n° 5_____ et n° 6_____ ("mensualités dues au titre du prix de vente du fonds de commerce du salon de coiffure et de l'onglerie). Dès lors, informé de cette procédure et de son objet, l'Office ne pouvait donner suite aux réquisitions de poursuites, faute de commandements de payer en force, compte tenu de l'action pendante, qu'il ne lui appartenait pas de qualifier (83 LP ou 85a LP ou 88 CPC), ni sur la recevabilité de laquelle il avait à se prononcer.

C'est au Tribunal saisi qu'il appartiendra de décider de la recevabilité tant de l'action en libération de dette, que de celle portant sur le solde de 13'000 fr. non visé par la mainlevée provisoire, ainsi que des conclusions nouvelles déposées le 3 septembre 2018, avant de cas échéant statuer sur l'existence ou l'inexistence de la créance de 25'000 fr.

Ça n'est qu'une fois une décision rendue sur ces points que les poursuites relatives à la prétendue créance des intimés à l'encontre des plaignantes pourront être, cas échéant, continuées.

Au vu des considérations qui précèdent, la plainte doit être admise et les comminations de faillite, poursuites n° 5_____ et n° 6_____, annulées.

- 3.** La procédure de plainte est gratuite (art. 20a al. 2 ch. 5 LP et art. 61 al. 2 let. a OELP) et il ne peut être alloué aucun dépens dans cette procédure (62 al. 2 OELP).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
La Chambre de surveillance :

A la forme :

Déclare recevables les plaintes formées par A_____ et B_____ respectivement les 31 août et 4 septembre 2018 contre les comminations de faillite, poursuites n° 5_____ et n° 6_____.

Au fond :

Les admet.

Annule les comminations de faillite, poursuites n° 5_____ et n° 6_____.

Siégeant :

Madame Pauline ERARD, présidente; Madame Natalie OPPATJA et Monsieur Denis KELLER, juges assesseur(e)s; Madame Véronique PISCETTA, greffière.

La présidente :

Pauline ERARD

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 la Chambre 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.