



POUVOIR JUDICIAIRE

DCSO/683/06

DÉCISION

DE LA COMMISSION DE SURVEILLANCE DES OFFICES DES POURSUITES ET DES FAILLITES SIÉGEANT EN SECTION

DU JEUDI 30 NOVEMBRE 2006

Cause A/3839/2006, plainte 17 LP formée le 23 octobre 2006 par **Mme H_____**,
élisant domicile en l'étude de Me Mauro POGGIA, avocat, à Genève .

Décision communiquée à :

- **Mme H_____**
domicile élu : Etude de Me Mauro POGGIA, avocat
11, rue de Beaumont
1206 Genève
- **B_____SA**
domicile élu : Etude de Me Patrick BURKHALTER, avocat
22, rue de France
2400 Le Locle
- **Office des poursuites**

Tout recours à la Chambre des poursuites et faillites du Tribunal fédéral doit être formé par écrit, déposé en trois exemplaires à la Commission de surveillance des offices des poursuites et des faillites (Rue Ami-Lullin 4, case postale 3840, 1211 Genève 3), accompagné d'une expédition de la décision attaquée, dans les dix jours dès la notification de la présente décision (art. 19 al. 1 LP) ou cinq jours en matière de poursuite pour effets de change (art. 20 LP). Le recours doit indiquer les points sur lesquels une modification de la décision attaquée est demandée et mentionner brièvement les règles de droit fédéral qui sont violées par la décision et en quoi consiste la violation.

EN FAIT

- A. Par jugement du 17 mai 1999, le Tribunal de première instance a prononcé la faillite de Luxe & Prestige Sàrl.

Le 8 novembre 2005, l'Office des faillites a écrit à Mme H_____ pour l'informer du fait qu'elle était inscrite comme débitrice dans les livres comptables pour une somme de 15'283 fr. 90 suite à l'arrêt rendu par la Chambre d'appel en matière de baux et loyers du 9 décembre 2002 et lui impartissait un délai de dix jours pour s'acquitter de cette somme.

A la même date, l'Office des faillites a fait savoir à Mme H_____ qu'à la demande d'un créancier il avait inventorié contre elle une prétention en paiement de la somme de 254'236 fr. 23 représentant le montant du dommage subi par les créanciers (découvert prévisible) pour la responsabilité encourue en sa qualité d'organe responsable ou de contrôle de la société faillie basée sur les art. 754 ss CO. Il l'invitait à lui faire connaître d'ici au 18 novembre 2005 de quelle manière elle entendait se libérer de cette prétention.

- B. Par pli recommandé du 18 janvier 2006, l'Office des faillites a cédé à B_____SA, créancière de la faillie et admise à l'état de collocation pour un montant de 22'257 fr. 45, les droits de la masse, en particulier les droits inventoriés sous n° 5 et 6, à savoir une prétention en responsabilité contre les organes ou acteurs de la société dont Mme H_____ (en tant qu'organe de fait) et une créance envers la précitée de 15'283 fr. 90. A teneur de l'acte de cession, un délai de deux ans dès réception, était imparti à B_____SA pour faire valoir ses droits.

Par courrier du 7 juin 2006, l'Office des faillites a écrit à Me Mauro POGGIA, conseil de Mme H_____, que la somme de 15'283 fr. 90 réclamée à sa mandante ainsi que des prétentions en responsabilité avaient été inventoriées et cédées.

- C. Le 10 juillet 2006, l'Office des poursuites (ci-après: l'Office) a enregistré une réquisition de poursuite dirigée par B_____SA contre Mme H_____ en recouvrement de 115'284 fr. 90 plus intérêts à 5% dès le 19 janvier 2006, selon acte de cession de l'Office des faillites du 18 janvier 2006.

Le 14 octobre 2006, l'Office a notifié à Mme H_____ un commandement de payer, poursuite n° 06 XXXX14U auquel cette dernière a formé opposition.

- D. Par acte posté le 23 octobre 2006, Mme H_____ a déposé plainte contre cet acte. Elle conclut à son annulation. En substance, elle allègue que l'arrêt de la Chambre d'appel en matière de baux et loyers du 9 décembre 2002 a été rendu exclusivement à son bénéfice, la société faillie n'étant pas partie à la procédure, et qu'à supposer que cette dernière veuille faire valoir une créance du chef de cette

décision judiciaire, sa prétention ne saurait être supérieure au montant pour lequel la cession est intervenue, soit 15'283 fr. 90 et non 115'283 fr. 90. Elle affirme qu'il s'agit soit d'une erreur de l'Office ou de la poursuivante, soit d'une volonté de la précitée de lui nuire en "*gonflant artificiellement et abusivement sa prétendue créance*". Mme H_____ déclare que la poursuite considérée n'a manifestement aucun fondement dans la mesure où elle fait état d'un montant qui ne résulte pas de la cession des droits de la masse, partant qu'elle est constitutive d'un abus de droit.

Dans son rapport, l'Office déclare que le montant indiqué dans la réquisition de poursuite est celui figurant sur le commandement de payer et qu'en tout état il n'a pas la compétence de se prononcer sur la question de savoir si les montants en poursuite son dus ou non, totalement ou partiellement, par la poursuivie et conclut au rejet de la plainte.

Invitée à se déterminer, B_____ SA, qui rappelle qu'elle agit en qualité de cessionnaire des droits de la masse, conclut, avec suite de dépens, au rejet de la plainte. La précitée fait valoir que les allégations de la plaignante sont dépourvues de toute espèce de sérieux et paraissent avoir franchi le seuil de la témérité.

EN DROIT

- 1.a. La Commission de céans est compétente pour statuer sur les plaintes en matière d'exécution forcée (art. 17 LP ; art. 10 al. 1 LaLP; art. 56R al. 3 LOJ).

Cette voie de droit est subsidiaire à la voie judiciaire (art. 17 al. 1 *in initio* LP). Si l'examen des questions de droit matériel est du ressort du juge ordinaire (ATF 113 III 2, traduit in JdT 1989 II 120), le grief qu'une poursuite représenterait un abus manifeste de droit, principe exprimé à l'art. 2 al. 2 CC valable dans l'ensemble de l'ordre juridique, est néanmoins recevable devant l'autorité de surveillance en tant qu'il est dirigé contre l'utilisation même des moyens qu'offre le droit de l'exécution forcée, et non contre la prétention litigieuse elle-même (Flavio Cometta, in SchKG I, ad art. 17 n° 27 ; Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 17 n° 88 ; Franco Lorandi, *Betriebsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit, Kommentar zu den Artikeln 13 – 30 SchKG*, 2000, ad art. 17 n° 274). Un tel grief peut être soulevé notamment à l'encontre de la notification d'un commandement de payer, qui traduit l'acceptation de l'Office de donner suite à la réquisition de poursuite et constitue aussi à ce titre une mesure sujette à plainte (art. 17 al. 1 LP).

Le délai pour porter plainte est de dix jours à compter de celui où le plaignant a eu connaissance de la mesure attaquée (art. 17 al. 2 LP). Comme l'autorité de surveillance doit constater d'office, indépendamment même de toute plainte (art. 22 LP), la nullité de mesures contraires à des dispositions édictées dans l'intérêt public ou dans l'intérêt de personnes non parties à la procédure, la

Commission de céans entre en matière sur les griefs de nullité soulevés même tardivement, si la sanction des vices dénoncés, supposés fondés, réside bien dans la nullité des mesures qui en sont prétendument affectées.

- 1.b. En l'espèce, la plainte a été déposée en temps utile et dans les formes prescrites auprès de la Commission de surveillance contre un commandements de payer, soit un acte sujet à plainte, par la poursuivie qui a la qualité pour agir par cette voie (art. 17 al. 1 et 2 LP ; art. 13 LaLP).

Elle sera donc déclarée recevable.

- 2.a. La finalité du droit des poursuites est essentiellement de permettre le recouvrement de sommes d'argent ou la fourniture de sûretés (art. 38 al. 1 LP). Le droit de l'exécution forcée permet ainsi à un soi-disant créancier de poursuivre un prétendu débiteur en recouvrement d'une prétention sans devoir prouver l'existence de cette dernière et il n'appartient ni à l'office des poursuites ni aux autorités de surveillance de décider si une prétention litigieuse est exigée à bon droit ou non. Toutefois, si l'intervention d'un organe de l'exécution forcée est requise à des fins complètement étrangères à celles pour lesquelles elle a été prévue, elle représente un abus manifeste de droit, qui n'est pas protégé par la loi (art. 2 al. 2 CC). Ce refus de protection légale doit se traduire par un refus de l'organe requis de prêter la main à ce qui est alors une manœuvre illicite. Ainsi, il n'est pas exclu qu'en vertu du principe de l'interdiction de l'abus de droit, les organes de l'exécution forcée doivent s'opposer à des requêtes, telles que des réquisitions de poursuite ou de continuer des poursuites, autrement dit les rejeter, refuser respectivement d'établir et notifier un commandement de payer ou de continuer une poursuite par une saisie ou la notification d'une commination de faillite (ATF 115 III 18 consid. 3b, SJ 1989 p. 400, JdT 1991 II 76 ; ATF 113 III 2, JdT 1989 II 121 ATF 112 III 47 consid. 1, JdT 1988 II 145 ; SJ 1987 p. 156).

Commet ainsi un abus de droit le requérant qui, de toute évidence, entend poursuivre une personne pour des prétentions inexistantes et profère des allégations injurieuses sur les réquisitions de poursuite et dans les lettres d'envoi de ces réquisitions (BISchK 1991 p. 111 ss, cité par Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad Remarques introductives aux art. 38-45 n° 40 *in fine*). Constitue également un abus manifeste de droit, à sanctionner par la nullité de la poursuite, le fait d'intenter une poursuite dans le seul but de porter atteinte à la réputation et au crédit de la personne poursuivie (SJ 1987 p. 156 ; RFJ 2001 p. 331 ; Henri Deschenaux / Paul-Henri Steinauer, Personnes physiques et tutelle, Berne 2001, n° 558b), soit dans un but n'ayant pas le moindre rapport avec la procédure elle-même, en particulier pour tourmenter délibérément le poursuivi. La notification de commandements de payer successifs non pour encaisser des créances mais pour irriter le poursuivi et porter atteinte à la disponibilité de ses biens en essayant de recouvrer des montants importants, sans demander la mainlevée de l'opposition ou saisir le juge ordinaire, est aussi susceptible de constituer un abus de droit (ATF

115 III 18, traduit *in* SJ 1989 p. 400 et *in* JdT 1991 II 76 ; DCSO/75/2006 du 9 février 2006; DCSO/577/2006 du 5 octobre 2006; arrêt du Tribunal non publié du 16 mai 2006, 7B.36/2006; cf. Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 8a n° 36, ad art. 17 n° 23, ad Remarques introductives aux art. 38-45 n° 35 ss ; Karl Wüthrich / Peter Schoch, *in* SchKG I, ad art. 69 n° 15 s).

De telles hypothèses ne peuvent être admises qu'exceptionnellement, l'office des poursuites et les autorités de surveillance ne devant se substituer en aucune façon au juge ordinaire, et c'est au regard de l'ensemble des circonstances de la cause qu'il faut examiner si le recours à l'institution du droit de l'exécution forcée est constitutive, dans un cas particulier, d'abus manifeste de droit. Ce faisant, ni l'Office ni la Commission de céans n'ont cependant à procéder à une analyse approfondie desdites circonstances. Ils doivent et ne peuvent admettre l'existence d'un abus manifeste de droit que sur la base d'éléments ou d'un ensemble d'indices convergents démontrant de façon patente que ladite institution est détournée de sa finalité.

A cela s'ajoute que la notification d'un commandement de payer représente un moyen légal d'interrompre la prescription (art. 135 ch. 2 CO). Une réquisition de poursuite peut donc poursuivre uniquement cette fin, qui est en règle générale légitime à elle seule, y compris lorsque le créancier ne dispose d'aucun titre de mainlevée (DCSO/180/03 consid. 3.c *in fine* du 22 mai 2003; DCSO/524/2004 consid. 2.a. *in fine* du 28 octobre 2004).

- 2.b. En l'espèce, la poursuivante a obtenu, en date du 18 janvier 2006, la cession des droits de la masse, soit, en particulier, la cession d'une prétention en responsabilité contre les organes ou acteurs de la société dont la poursuivie (en tant qu'organe de fait) - étant rappelé que le montant du dommage subi par les créanciers, à savoir le montant du découvert prévisible, est de 254'236 fr. 23 - et d'une créance envers la précitée de 15'283 fr. 90. Il sied ici de relever que le bénéficiaire du transfert du droit d'action soutient le procès à ses risques et périls et en son propre nom et qu'en contrepartie il acquiert un droit de préférence sur le gain du procès, en ce sens que les valeurs obtenues serviront à le désintéresser jusqu'à concurrence du montant de sa réclamation en capital, intérêts et frais et que l'éventuel excédent sera versé à la masse (Jean-Luc Tschumy, Quelques réflexions à propos de la cession des droits de la masse au sens de l'art. 260 LP, *in* JdT 1999 II p.43-44).

Il s'ensuit que la prétention, objet de la poursuite querellée, découle de la cession des droits de la masse en faveur de la poursuivante.

Ainsi, contrairement à ce que soutient la plaignante en violation des règles de la bonne foi (cf. consid. 3.a. et 3.b.), cette poursuite n'est ni manifestement infondée, ni ne résulte d'une erreur ou d'une volonté de nuire de la poursuivante, et n'est donc pas constitutive d'un abus de droit.

Infondée, la plainte sera rejetée.

- 3.a. Conformément aux art. 20a al. 1 LP, 61 al. 2 let. a et 62 al. 2 OELP, il n'y a pas lieu de percevoir d'émolument de justice, ni d'allouer des dépens. Toutefois, selon l'art. 20a al. 1 phr. 2 LP, la partie ou son représentant qui use de procédés téméraires ou de mauvaise foi peut être condamné à une amende de 1'500 fr. au maximum ainsi qu'au paiement des émoluments et des débours.

Se comporte de façon téméraire ou de mauvaise foi, au sens de l'art. 20a al. 1 LP, celui qui, en violation du devoir d'agir selon la bonne foi, forme un recours sans avoir d'intérêt concret digne de protection et bien que la situation en fait et en droit soit claire, avant tout pour ralentir la procédure (ATF 127 III 178 et les références). Cette disposition permet de sanctionner un recours aux institutions judiciaires voué à l'échec, qui serait fait à des fins purement dilatoires et en violation des règles de la bonne foi (Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 20a n° 19 ; Flavio Cometta, in SchKG I, ad art. 20a n° 11 ; Franco Lorandi, op. cit. ad art. 20a n° 13 ss ; Kurt Amonn / Fridolin Walther, Grundriss, 7^{ème} éd. 2003, § 13 n° 14). A l'absence de toute chance de succès de la plainte doit s'ajouter le dessein d'agir de manière téméraire (Pauline Erard, in CR-LP, ad art. 20a n° 44 ss).

- 3.b. Dans le cas particulier, il appert que ni la plaignante, ni son conseil qui produit dans son chargé la cession des droits de la masse du 18 janvier 2006 (pièce n° 5) et la lettre de l'Office des faillites du 7 juin 2006 (cf. consid. B. second paragraphe), ne pouvaient ignorer que la cession à l'encontre de la précitée, dont il est fait expressément mention dans le commandement de payer, portait non seulement sur une créance de 15'283 fr. 90 mais également sur une prétention en responsabilité contre les organes ou acteurs de la société. Aussi, force est-il de constater qu'ils ont fait preuve de mauvaise foi et de témérité en alléguant que le poursuite faisait état d'un montant qui ne résultait manifestement pas de la cession considérée. Conformément à l'art. 20a al. 1 phr. 2 LP, ils seront en conséquence condamnés solidairement au paiement d'une amende, dont le montant sera arrêté à 300 fr.

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COMMISSION DE SURVEILLANCE
SIÉGEANT EN SECTION :**

A la forme :

Déclare recevable la plainte formée le 23 octobre 2006 par **Mme H_____** contre le commandement de payer, poursuite n° 06 XXXX14 U.

Au fond :

1. La rejette.
2. Condamne solidairement Mme H_____ et Mauro POGGIA à une amende de 300 fr.
3. Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant : Mme Ariane WEYENETH, présidente ; MM Didier BROSSET et Philipp GANZONI, juges assesseurs.

Au nom de la Commission de surveillance :

Filippina MORABITO
Greffière :

Ariane WEYENETH
Présidente :

La présente décision est communiquée par courrier A à l'Office concerné et par lettre signature aux autres parties par la greffière le