



POUVOIR JUDICIAIRE

DCSO/169/10

DÉCISION

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

DU JEUDI 1^{ER} AVRIL 2010

Cause A/458/2010, plainte 17 LP formée le 8 février 2010 par **Mme P**_____.

Décision communiquée à :

- **Mme P**_____

- **K**_____ SA

domicile élu : Etude de Me Mike HORNUNG, avocat
place du Bourg-de-Four 9
1204 Genève

- **Office des poursuites**

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 Commission de surveillance des Offices des poursuites et des faillites, unique autorité cantonale de surveillance en matière de poursuite pour dettes et faillite (art. 56R al. 3 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). 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).

EN FAIT

- A. Dans le cadre d'une poursuite dirigée par K_____ SA contre Mme P_____, l'Office des poursuites (ci-après : l'Office) a fait notifier, le 26 novembre 2009, en mains de la précitée, un commandement de payer, poursuite n° 09 xxxx00 L, la somme de 4'676 fr. 65 plus intérêts à 5 % dès le 1^{er} novembre 2006, la cause de l'obligation mentionnée étant "*cession de contrat de P_____ du 31.10.03 à K_____ SA*".

Il ressort de l'exemplaire destiné à la poursuivie que cette dernière n'a pas formé opposition.

Requis de continuer la poursuite considérée, l'Office a fait notifier à Mme P_____ une commination de faillite, le 27 janvier 2010.

- B. Par acte posté le 8 février 2010, Mme P_____ a formé plainte, assortie d'une demande d'effet suspensif, contre la notification de la commination de faillite. Elle conclut à ce qu'il soit ordonné à l'Office de reporter sur le procès-verbal de notification du commandement de payer l'opposition qu'elle a formée le 26 novembre 2009, de rejeter la réquisition de continuer de K_____ SA, et d'annuler la commination de faillite. En substance, Mme P_____ affirme qu'elle a déclaré former opposition à l'employé postal qui lui a notifié le commandement de payer, en ses termes : "*Il s'agit à nouveau d'une poursuite de la société K_____ SA, je refuse*" et qu'elle a constaté, le 29 janvier 2009, lorsqu'elle s'est adressée à Me P_____, avocat de formation, pour connaître les raisons pour lesquelles une commination de faillite lui avait été notifiée, que cette déclaration n'avait pas consignée sur le procès-verbal de notification de cet acte.

Par ordonnance du 10 février 2010, la Commission de céans a accordé l'effet suspensif à la plainte, communiqué, en l'état pour information, la plainte à K_____ SA et à l'Office et réservé l'audition du notificateur.

- C. Selon les données du Registre du commerce, Mme P_____ est cheffe de la raison individuelle "R_____".
- D. La Commission de céans a ordonné la comparution personnelle de Mme P_____ et l'audition, en qualité de témoin, de M. V_____, l'agent postal qui a notifié le commandement de payer le 26 novembre 2009 ; l'Office a été dispensé de comparaître et K_____ SA a été informée que sa présence n'était pas obligatoire.

Lors de cette audience, qui s'est déroulée le 24 mars 2010, le notificateur a confirmé que le commandement de payer en question avait bien été notifié par ses soins au guichet postal de la poste de Malagnou. Il a déclaré que, compte tenu du nombre d'actes de poursuite qu'il notifie quotidiennement et du temps écoulé, il ne se souvenait pas avec précision des circonstances de cette notification, en

particulier que Mme P_____ lui aurait déclaré qu'elle s'opposait à la poursuite. Le témoin a précisé que "*lorsqu'une personne se présente à son guichet en vue de la notification d'un acte de poursuite, (il) lui demande sa pièce d'identité, puis lui présente l'acte pour qu'elle puisse en prendre connaissance en lui indiquant qu'elle peut former opposition et qu'elle a encore dix jours pour le faire auprès de l'Office des poursuites*".

Mme P_____ a confirmé les termes de sa plainte. Elle a admis qu'elle n'avait pas vérifié que l'opposition, qu'elle allègue avoir déclarée au notificateur, avait bien été consignée sur le commandement de payer qui lui a été remis en mains propres.

L'Office n'a pas été invité à se déterminer et le représentant de K_____ SA, présent à l'audience, a renoncé à présenter des observations.

EN DROIT

1. La présente plainte a été formée auprès de l'autorité compétente. Une commination de faillite est une mesure sujette à plainte et la poursuivie a qualité pour agir par cette voie (56R LOJ ; art. 17 LP ; art. 10 al. 1 et 13 LaLP).

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).

En l'occurrence, la plainte, postée le lundi 8 février 2010 contre la commination de faillite notifiée le 27 janvier 2010, a été formée en temps utile (art. 31 al. 1 et 3 LP).

Elle sera donc déclarée recevable.

Au demeurant, il sied de rappeler que si, comme elle l'allègue, la plaignante a formé opposition au commandement de payer, la commination de faillite devra être déclarée nulle, l'opposition suspendant la poursuite (art. 78 al. 1 LP ; art. 22 LP ; Roland Ruedin, in CR-LP, ad art. 78 n° 2 ; Balthasar Bessenich, in SchKG I, ad art. 78 n° 1 ; Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 78 n° 11).

- 2.a. Selon l'art. 74 LP, le débiteur poursuivi qui entend former opposition doit, verbalement ou par écrit, en faire la déclaration immédiate à celui qui lui remet le commandement de payer ou à l'Office dans les dix jours à compter de la notification du commandement de payer. Un commandement de payer comporte explicitement une rubrique « Opposition », en plus d'une mention pré-imprimée aux termes de laquelle « Le débiteur est autorisé à déclarer son opposition au moment de la notification. Dans ce cas, l'opposition est consignée sur chaque exemplaire et le fonctionnaire qui procède à la notification en donne acte en apposant sa signature » (Form. n° 3).

Si l'opposition est formée lors de la notification du commandement de payer, l'agent notificateur doit le mentionner immédiatement sur les deux exemplaires du commandement de payer (art. 72 al. 2 LP). Si l'opposition est formée auprès de l'Office durant le délai de dix jours prévu à cet effet (art. 74 al. 1 LP), l'opposition n'est consignée par l'Office que sur l'exemplaire du commandement de payer destiné au créancier (art. 76 al. 1 LP), l'exemplaire destiné au débiteur n'étant plus en ses mains dès lors qu'il a été remis au débiteur (Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 76 n° 14 ss ; Roland Ruedin, CR-LP, ad art. 76 n° 1).

- 2.b. Le procès-verbal des opérations de notification d'un commandement de payer, ainsi rédigé sur le commandement de payer lui-même, fait foi jusqu'à preuve du contraire (art. 8 al. 2 LP). La preuve du contraire peut être rapportée sans forme particulière (Louis Dallèves, in CR.LP, ad art. 8 n° 7 ; Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 8 n° 30 ss; James T. Peter, in SchKG I, ad art. 8 n° 12).

Il appartient à l'office de prouver la notification du commandement de payer et au débiteur de prouver la déclaration d'opposition ; comme celle-ci peut être fournie verbalement, la preuve de son annonce ne doit pas être soumise à des exigences trop strictes. Cela étant, la prudence impose au débiteur soit de faire opposition lors de la notification du commandement de payer et de veiller à ce que la personne qui procède à la notification atteste l'opposition conformément à la prescription figurant sur la formule du commandement de payer, soit de faire opposition par écrit (si possible par lettre recommandée), soit de la faire par une déclaration à l'office. A défaut, le débiteur court le risque de ne pas pouvoir prouver cette dernière (ATF 99 II 48, JdT 1974 II 76 ss ; BLSchK 2000 30 ; BLSchK 1984 211 ; DCSO/108/2010 du 18 février 2010).

3. En l'espèce, il ressort du commandement de payer que la poursuivie n'a pas formé opposition lors de sa notification, en ses mains, le 26 novembre 2009 et le notificateur a déclaré, sous la foi du serment, qu'il ne se souvenait pas des circonstances de cette notification, en particulier que Mme P_____ lui aurait déclaré qu'elle s'opposait à la poursuite.

Force est en conséquence de retenir que la plaignante n'a pas été en mesure d'apporter la preuve de l'opposition qu'elle allègue avoir déclarée au précité.

Or, la prudence élémentaire lui imposait de veiller à ce que l'employé postal atteste l'opposition, conformément à la prescription figurant sur la formule du commandement de payer, étant rappelé que la poursuivie pouvait encore, dans les dix jours suivant la notification, faire opposition par écrit ou la faire par une déclaration à l'office.

L'établissement de la preuve de l'opposition exigeait cet effort minime que la plaignante, faut-il le constater, n'a pas fait, comme elle le reconnaît du reste expressément.

C'est donc à bon droit que l'Office, requis de continuer la poursuite, a fait notifier à la plaignante, qui est cheffe d'une raison individuelle, une commination de faillite (cf. art. 39 al. 1 ch. 1 LP), aucune des exceptions prévues à l'art. 43 LP n'étant au demeurant réalisée.

4. La plainte doit en conséquence être rejetée.
5. A ce stade, il appartient à la plaignante, qui conteste la créance en poursuite, d'agir par le biais de l'action en annulation ou en suspension de la poursuite (art. 85 et 85a LP ; art. 20 al. 1 let. c et 19 let. e LaLP ; cf. également art. 173 al. 1 2^{ème} phr. 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 elle sera renvoyée à agir, si elle l'estime opportun.

* * * * *

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

A la forme :

Déclare recevable la plainte formée le 8 février 2010 par Mme P_____ contre la commination de faillite, poursuite n° 09 xxxx00 L.

Au fond :

1. La rejette.
2. Déboute Mme P_____ de toutes autres conclusions.

Siégeant : Mme Ariane WEYENETH, présidente ; MM. Didier BROSSET et Denis MATHEY, juges assesseurs.

Au nom de la Commission de surveillance :

Véronique PISCETTA
Greffière :

Ariane WEYENETH
Présidente :

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