



POUVOIR JUDICIAIRE

DCSO/81/2008

DÉCISION

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

DU JEUDI 28 FEVRIER 2008

Cause A/5061/2007, plainte 17 LP formée le 19 décembre 2007 par **Mme B_____**.

Décision communiquée à :

- **Mme B_____**

- **P_____ AG**

- **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 de la poursuite n° 07 xxxx85 S diligentée par P_____ AG à l'encontre de Mme B_____, un commandement de payer a été notifié à la précitée le 13 mars 2007, en recouvrement des sommes de (1) 4'089 fr. avec intérêts à 12% l'an dès le 6 février 2007 au titre de « *diverses fact. impayées – créance I_____ AG* », (2) 393 fr. 90 au titre d' « *intérêt jusqu'au 5 février 2007* » et de (3) 97 fr. au titre de « *frais d'indemnité* ».

Le procès-verbal de notification figurant au verso de l'exemplaire tant « créancier » que « débiteur » du commandement de payer indique que cet acte a été notifié à la débitrice « *elle-même* » et ne fait mention d'aucune opposition.

Le 30 novembre 2007, P_____ AG a requis la continuation de la poursuite n° 07 xxxx85 S et une commination de faillite a été notifiée à Mme B_____ le 17 janvier 2008.

- B. Par acte daté du 14 décembre 2007, mais posté en recommandé le 19 décembre 2007, Mme B_____ a porté plainte contre la poursuite n° 07 xxxx85 S.

Par courrier recommandé du 27 décembre 2007, la Commission de céans a invité Mme B_____, sous peine d'irrecevabilité de sa plainte, à produire l'acte attaqué, compléter la motivation de sa plainte et prendre des conclusions.

Par courrier du 14 janvier 2008, Mme B_____ a exposé « [s'] ériger contre [la] procédure [de poursuite diligentée par P_____ AG] tout en (...) demandant l'effet suspensif », respectivement s'opposer « *aux scandaleuses pratiques de P_____ AG* », considérant que la créance faisant l'objet de la poursuite n° 07 xxxx85 S ne la concerne pas elle, mais la société G_____ Sàrl.

A l'appui de son grief, Mme B_____ produit copie du commandement de payer notifié dans la poursuite n° 07 xxxx85 S, ainsi que de quatre factures émises les 31 mars 2006 (n^{os} 27-39973 11 et 27-39973-21), 10 (n° 27-47089-11) et 11 avril 2006 (n° 27-47089-21) par la société I_____ GmbH à H_____ à l'attention de G_____ Sàrl, ainsi que d'un commandement de payer, poursuite n° 06 xxxx95 Z notifié à G_____ Sàrl sur requête d'I_____ GmbH, en recouvrement de 4'089 fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 22 avril 2006 au titre de « *Rechnung Nr. 39973-21 39973-11 / 47089-11 / 47089-21 Warenlieferung* ». Ce dernier acte a été frappé d'opposition.

Par courrier daté du 24 janvier 2008, mais déposé au greffe de la Commission de céans le 25 janvier 2008, Mme B_____ a indiqué réitérer sa plainte, solliciter l'octroi de l'effet suspensif et une audience devant le Tribunal de première instance. Elle a joint à son courrier copie de la commination de faillite qui lui a été notifiée le 17 janvier 2008 dans la poursuite n° 07 xxxx85 S.

- C. Par ordonnance du 25 janvier 2008, la Commission de céans a rejeté la demande d'effet suspensif.
- D. Dans son rapport du 28 janvier 2008, l'Office conclut, principalement, à l'irrecevabilité de la plainte et, subsidiairement, à son rejet.

Invitée à se déterminer, P_____ AG n'a pas répondu dans le délai imparti à cet effet.

- E. Par courrier daté du 7 février 2008, déposé le lendemain au greffe de la Commission de céans, Mme B_____ a demandé que l'ordonnance refusant l'effet suspensif soit reconsidérée.

A l'appui de sa demande, Mme B_____ allègue, en substance, que la poursuite considérée serait chicanière et procéderait d'un abus de droit, interdit par l'art. 2 al. 2 CC, trois autres commandements de payer ayant d'ores et déjà été notifiés à la société G_____ Sàrl pour la même créance. Elle ajoute que le commandement de payer ne lui aurait pas été notifié « *en bonne et due forme* ». S'agissant de ce dernier point, elle expose que si le commandement de payer entrepris ne mentionne pas d'opposition, c'est en raison du fait soit qu'elle en ignorait l'existence, soit que l'agent notificateur a omis de prendre en compte son opposition.

- F. Au vu du courrier précité de Mme B_____, la Commission de céans a décidé de la convoquer en audience de comparution personnelle, laquelle s'est tenue le 25 février 2008.

A cette occasion, Mme B_____ a confirmé qu'elle portait plainte contre la poursuite n° 07 xxxx85 S diligentée à son encontre par P_____ AG, au motif qu'elle la considérait comme abusive. La poursuite en cause serait chicanière et injustifiée, dans la mesure où elle ne doit rien à P_____ AG. La créance en poursuite concernerait en effet la société G_____ Sàrl, dont elle était l'associée gérante et qui est actuellement en faillite. Cette société a du reste fait l'objet de trois poursuites pour exactement la même créance que celle dont le recouvrement est réclamé par le biais de la poursuite qu'elle conteste. Selon Mme B_____, P_____ AG devrait dès lors produire sa créance dans la faillite de la société G_____ Sàrl.

Mme B_____ a encore exposé qu'elle considérait la poursuite n° 07 xxxx85 S comme nulle, au motif que le commandement de payer ne lui aurait pas été notifié personnellement. Si tel avait été le cas, elle aurait assurément formé opposition. Elle a déclaré contester le procès-verbal de notification figurant au verso du commandement de payer et indiqué avoir eu connaissance de cet acte de poursuite, lorsqu'elle triait des documents pour l'Office des faillites, soit aux alentours du 14 décembre 2007.

Outre les commandements de payer, poursuites n^{os} 07 xxxx85 S et 06 xxxx95 Z et les factures émises par la société I_____ GmbH, d'ores et déjà versés à la procédure, Mme B_____ a produit à l'audience copie des documents suivants :

- commandement de payer, poursuite n° 06 xxxx90 R, notifié le 12 février 2007 à la société G_____ Sàrl, soit pour elle Mme B_____, sur réquisition d'I_____ GmbH, laquelle requiert paiement notamment de la somme de 4'089 fr. plus intérêts à 5% l'an dès le 22 avril 2006 au titre de « *Rechnungen : Nr. 39973-21, Nr. 39973-11, Nr. 47089-11, Nr. 47089-21 – Warenlieferung* ». Ce commandement de payer n'a pas été frappé d'opposition.
- commination de faillite notifiée le 30 mars 2007 à Mme B_____ dans la poursuite n° 06 xxxx90 R.
- commandement de payer, poursuite n° 07 xxxx82 B, notifié le 5 février 2007 à la société G_____ Sàrl, soit pour elle Mme B_____, sur réquisition de P_____ AG, laquelle requiert paiement notamment de la somme de 1'483 fr. plus intérêts à 5% l'an dès le 17 janvier 2007 au titre de « *diverses facts. impayées* ». Ce commandement de payer n'a pas été frappé d'opposition.
- commination de faillite notifiée le 4 septembre 2007 à Mme B_____ dans la poursuite n° 07 xxxx82 B.

G. Mme B_____ est inscrite au registre du commerce en qualité d'associée gérante de G_____ Sàrl, société inscrite le 25 juin 2002 et dont la faillite a été prononcée par jugement du Tribunal de première instance n° JTPI/15026/07 du 6 novembre 2007 (cf. publications FO SC et FAO du 16 novembre 2007). Ladite société n'a pas encore été radiée du registre du commerce.

EN DROIT

1.a. La Commission de céans est compétente pour connaître des plaintes dirigées contre des mesures prises par des organes de l'exécution forcée qui ne sont pas attaques par la voie judiciaire ou des plaintes fondées sur un prétendu déni de justice ou retard injustifié (art. 17 LP ; art. 10 al. 1 et art. 11 al. 2 LaLP ; art. 56R al. 3 LOJ).

La plainte doit être déposée dans le délai de dix jours de celui où le plaignant a eu connaissance de la mesure (art. 17 al. 2 LP), sous réserve de mesures de l'Office dont la nullité doit être constatée en tout temps (art. 22 al. 1 LP).

Selon l'art. 13 al. 1 et 2 LaLP, les plaintes à la Commission de céans doivent être formulées par écrit, être rédigées en français, être accompagnées des pièces auxquelles elles renvoient et être suffisamment motivées. Elles doivent en outre

désigner la mesure attaquée et comporter les conclusions du plaignant (art. 65 al. 1 LPA par renvoi de l'art. 13 al. 5 LaLP).

- 1.b. En l'espèce, la plaignante – qui, en tant que débitrice, a manifestement la qualité pour agir par la voie de la plainte – ne désigne pas expressément la mesure qu'elle attaque. Il n'est donc pas possible de déterminer si le délai de plainte de dix jours a ou non été respecté.

Cette question peut toutefois rester ouverte, dans la mesure où une commination de faillite a été notifiée dans le cadre de la poursuite considérée postérieurement au dépôt de la plainte.

- 2.a. La plaignante considère principalement que la poursuite considérée procède d'un abus de droit.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (en dernier lieu, p. ex., ATF non publié 5A_250/2007 du 19 septembre 2007 consid. 3.1), la nullité d'une poursuite pour abus de droit ne peut être admise par les autorités de surveillance – soit par la Commission de créances – que dans des cas exceptionnels, en particulier lorsqu'il est manifeste que le poursuivant agit dans un but sans le moindre rapport avec la procédure de poursuite ou pour tourmenter délibérément le poursuivi (ATF 115 III 18, JdT 1991 II 76) ; en principe, une telle éventualité est réalisée lorsque le poursuivant fait notifier plusieurs commandements de payer fondés sur la même cause et pour des sommes importantes, sans jamais demander la mainlevée de l'opposition ni la reconnaissance judiciaire de sa créance, lorsqu'il procède par voie de poursuite contre une personne dans l'unique but de détruire sa bonne réputation, ou encore lorsqu'il reconnaît, devant l'office des poursuites ou le poursuivi lui-même, qu'il n'agit pas envers le véritable débiteur (ATF 115 III 18 précité consid. 3b p. 21). En revanche, la procédure de plainte des art. 17 ss LP ne permet pas d'obtenir l'annulation de la poursuite en se prévalant de l'art. 2 CC, dans la mesure où le grief pris de l'abus de droit est invoqué à l'encontre de la prétention litigieuse, la décision sur ce point étant réservée au juge ordinaire. En effet, c'est une particularité du droit suisse que de permettre l'introduction d'une poursuite sans devoir prouver l'existence de la créance; le titre exécutoire n'est pas la créance elle-même ni le titre qui l'incorpore éventuellement, mais seulement le commandement de payer passé en force (ATF 113 III 2 consid. 2b p. 3, JdT 1989 II 120).

En d'autres termes, sous réserve d'un abus de droit manifeste, il n'appartient ni aux offices des poursuites ni aux autorités de surveillance de décider si une prétention est exigée à bon droit ou non (ATF non publié 7B.219/2006 et 7B.220/2006 du 16 avril 2007 consid. 3.3 et les références citées). La plainte ne peut donc jamais aboutir à un jugement sur le fond du droit qui fait l'objet de l'exécution forcée : un tel jugement relève exclusivement de la juridiction civile

ou administrative (Pierre-Robert Gilliéron, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 4^{ème} éd., p. 43).

- 2.b. En l'espèce, la plaignante ne s'en prend pas au commandement de payer ou à la commination de faillite notifiés dans le cadre de la poursuite considérée en tant que ces actes contreviendraient au droit de la poursuite et de la faillite. En réalité, elle conteste uniquement le bien-fondé de la créance dont le recouvrement est réclamé par la voie de la poursuite. Ce moyen n'est cependant pas recevable dans le cadre de la présente plainte puisqu'il ne met pas en cause la violation d'une disposition propre à la législation sur l'exécution forcée. Il s'ensuit que l'on ne saurait entrer en matière sur le grief principal de la plaignante, aucun abus manifeste de droit, sanctionné le cas échéant par la nullité de la poursuite, n'étant au demeurant établi. A ce dernier égard, s'il est vrai que le montant en capital faisant l'objet de la poursuite en cause et de celle portant le n° 06 206190 R diligentée à l'encontre de la société G_____ Sàrl est le même (soit 4'089 fr.), force est de constater que ni le taux des intérêts réclamés, ni le point de départ desdits intérêts ne sont les mêmes. Il en va de même de la cause de l'obligation invoquée qui n'apparaît pas, a priori, être, dans l'une et l'autre poursuite, les mêmes factures. Il n'est donc pas manifeste que le créancier poursuit plusieurs fois pour la même créance, dans un but totalement étranger à la procédure de poursuite.

La plaignante 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), 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, soit à Genève du Tribunal de première instance (art. 19 let. e et 20 al. 1 let. c LaLP), devant lequel la plaignante sera renvoyée à agir, si elle l'estime opportun.

- 3.a. La plaignante a encore indiqué qu'elle considérerait la poursuite entreprise comme nulle, au motif que le commandement de payer ne lui aurait pas été notifié personnellement.

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 (art. 64 ss LP ; 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 Betreuungsurkunden, in B1SchK 1996, p. 201 ss, 204).

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 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).

- 3.b. En principe, la notification irrégulière d'un commandement de payer n'est pas sanctionnée de nullité absolue. La notification qui n'aurait pas été effectuée selon les règles imposées par les art. 64 à 66 LP n'est en effet frappée de nullité que dans la mesure où l'acte de poursuite n'est pas parvenu à la connaissance du débiteur, nullité qui doit être constatée d'office et en tout temps par l'autorité de surveillance. Si le débiteur a eu connaissance du commandement de payer ou de son contenu essentiel (art. 67 et 69 al. 2 ch. 1 LP), en dépit de la notification viciée, cette dernière n'est qu'annulable et le débiteur doit porter plainte devant l'autorité de surveillance dans les dix jours suivant la prise de connaissance de l'acte, sous peine de forclusion (ATF 7B.161/2005 du 31 octobre 2005 consid. 2.1 et les arrêts cités ; Yvan Jeanneret / Saverio Lembo, in CR-LP, ad art. 64 n° 33 s. et les références citées ; Paul Angst, in SchKG I, ad art. 64 n° 23 et les références citées ; Pauline Erard, in CR-LP, ad art. 22 n° 22).

L'annulation sur plainte d'une notification irrégulière suppose toutefois que le poursuivi ait subi un préjudice, par exemple de ne pas avoir pu utiliser le délai d'opposition. Ainsi, en cas de vice dans la notification, le commandement de payer déploie néanmoins ses effets dès que le poursuivi en a eu connaissance. En effet, une nouvelle notification ne donnerait au poursuivi aucun renseignement complémentaire sur la poursuite engagée et aboutirait à un formalisme excessif. Dans un tel cas cependant, le point de départ du délai pour former opposition est le jour où le poursuivi a effectivement eu connaissance du commandement de payer, celui-ci ne pouvant être contraint, au risque d'être déchu du droit de faire opposition, de déposer plainte contre une notification viciée (Paul Angst, in SchKG I, ad art. 64 n° 23 et les arrêts cités ; cf. ég. ATF 7B.161/2005 du 31 octobre 2005 consid. 2.1 et les arrêts cités ; DCSO/286/2007 du 14 juin 2007 consid. 2.c. et les arrêts cités ; Daniel Stahelin, in SchKG Ergänzungsband, ad art. 64 ad n° 23 et les arrêts cités).

- 3.c. En l'espèce, la plaignante soutient que le commandement de payer ne lui aurait pas été notifié personnellement. Elle conteste, ce faisant, le contenu du procès-verbal de notification figurant au verso du commandement de payer. Elle n'apporte toutefois pas le moindre adminicule tendant à infirmer ce contenu. Conformément à la jurisprudence précitée, force est dès lors de retenir que le

procès-verbal de notification fait foi des faits qu'il atteste, soit que le commandement de payer a été notifié le 13 mars 2007 à une personne compétente au sens de l'art. 64 LP.

C'est le lieu de relever que lorsqu'elle a eu connaissance du commandement de payer contesté – soit selon ses dires « *aux alentours du 14 décembre 2007* » –, la plaignante disposait du délai légal de dix jours pour former opposition, ce qu'elle n'a pas fait (alors que ses écrits et déclarations démontrent qu'elle comprend ce qu'opposition signifie). A cette date, elle s'est en effet contentée de s'adresser à la Commission de céans pour « [s'] *ériger contre [la] procédure [de poursuite diligentée par P_____ AG] tout en (...) demandant l'effet suspensif* ». Elle n'a en revanche pas formé opposition à l'Office. L'inaction de l'intéressée au mois de décembre 2007 aurait ainsi de toute façon couvert le prétendu vice – allégué pour la première fois dans sa demande de reconsidération du 7 février 2008 – dans la notification du commandement de payer du mois de mars 2007.

Le grief est ainsi sans fondement et doit être rejeté.

- 4.a. A titre superfétatoire, il sera rappelé que la poursuite se continue par voie de faillite lorsque le débiteur est inscrit au registre du commerce en l'une ou l'autre des qualités énumérées exhaustivement à l'art. 39 LP, en particulier en qualité d'associé gérant d'une société à responsabilité limitée (art. 39 al. 1 ch. 5 LP). C'est le lieu de préciser que l'art. 39 al. 1 ch. 5 LP précité a été abrogé par le chiffre 3 de l'annexe à la loi fédérale du 16 décembre 2005 modifiant le Code des obligations, avec effet au 1^{er} janvier 2008 (RO 2007, p. 4791 ss, 4844, 4838 *in fine* ; cf. ég. Message du Conseil fédéral du 19 décembre 2001 *in FF* 2002, p. 2949 ss, 3041 s.).

Les personnes physiques assujetties à la poursuite par voie de faillite en raison de leur inscription audit registre y sont soumises pour l'ensemble de leurs dettes, tant privées que commerciales ; elles répondent de ces dettes sur l'entier de leur patrimoine (Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 39 n° 25 et les arrêts cités).

L'inscription prend date, pour le mode de poursuite, du lendemain de la publication dans la FO SC (art. 39 al. 3 LP).

Les personnes qui étaient inscrites au registre du commerce et qui en ont été radiées demeurent sujettes à la poursuite par voie de faillite durant les six mois qui suivent la publication de leur radiation dans la FO SC (art. 40 al. 1 LP; art. 932 al. 2 CO).

- 4.b. En l'espèce, il appert qu'au moment du dépôt de la réquisition de continuer la poursuite, le 30 novembre 2007, la plaignante était toujours inscrite au registre du commerce en qualité d'associée gérante de la société G_____ Sàrl, étant précisé qu'à la date déterminante, l'art. 39 al. 1 ch. 5 LP était encore en vigueur, son

abrogation ayant pris effet au 1^{er} janvier 2008. La prétention faisant l'objet de la poursuite considérée n'est, par ailleurs, pas de celles en recouvrement desquelles l'art. 43 LP exclut la voie de la faillite. C'est donc à bon droit que l'Office a notifié à la plaignante une commination de faillite dans le cadre de la poursuite n° 07 xxxx85 S.

5. Au vu de ce qui précède, la plainte doit être rejetée dans la mesure de sa recevabilité. La présente décision rend par ailleurs sans objet la demande de reconsidération de l'ordonnance sur effet suspensif.

Il est statué sans frais (art. 20a al. 2 ch. 5 LP ; art. 61 al. 2 let. a OELP).

* * * * *

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

Rejette, dans la mesure de sa recevabilité, la plainte formée le 19 décembre 2007 par **Mme B_____** dans le cadre de la poursuite n° 07 xxxx85 S diligentée à son encontre par **P_____ AG**.

Siégeant : M. Grégory BOVEY, président ; MM. Didier BROSSET et Etienne KISS-BORLASE, juges assesseurs.

Au nom de la Commission de surveillance :

Sylvia SALLIN
Greffière :

Grégory BOVEY
Président :

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