



POUVOIR JUDICIAIRE

DCSO/108/10

DÉCISION

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

DU JEUDI 18 FEVRIER 2010

Cause A/57/2010, plainte 17 LP formée le 7 janvier 2010 par **M. G_____**.

Décision communiquée à :

- **M. G_____**

- **C_____ SA**

c/o M. Jean-Marc SCHLAEPPI
Agent d'affaires breveté
Rue du Nant 8
Case postale 6216
1211 Genève 6

- **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° 09 xxxx15 W exercée par C_____ SA, l'Office des poursuites (ci-après : l'Office) a fait notifier à M. G_____, en date du 27 octobre 2009, un commandement de payer les sommes de 7'349 fr. 05 plus intérêts à 5 % dès le 22 septembre 2009, 855 fr., 285 fr. et 839 fr. 89, au titre de, respectivement, solde ouvert sur la facture 2127037 du 9 mai 2007, frais de retard, frais divers et intérêts jusqu'au 21 septembre 2009.

Le 11 novembre 2009, l'exemplaire destiné à C_____ SA lui a été retourné avec la mention "sans opposition".

Le 1^{er} décembre 2009, C_____ SA a requis la continuation de la poursuite.

Le 6 janvier 2010, l'Office a fait notifier à M. G_____ une commination de faillite.

- B. Le 7 janvier 2010, M. G_____ a formé plainte contre cet acte dont il demande l'annulation. Il allègue que, lors de la notification du commandement de payer au guichet postal, il a déclaré former opposition mais a omis de vérifier que celle-ci avait bien été consignée. Il ajoute qu'il conteste devoir la créance, objet de la poursuite, dont le paiement incombe à S_____ Sàrl, société dont il est le directeur. M. G_____ produit un contrat de raccordement et d'utilisation conclu le 9 janvier 2007 dont les parties sont la poursuivante et S_____ Sàrl, la facture xxxxx37 du 9 mai 2007 adressée à cette société, ainsi que deux courriers, à son entête ("*Monsieur G_____ , route J_____ xx, Genève*"), à teneur desquels il déclare contester le montant qui lui est réclamé.

L'Office et C_____ SA ont été invités à se déterminer. Le premier a conclu au rejet de la plainte dans la mesure de sa recevabilité, sous réserve de la preuve de la déclaration d'opposition, la seconde n'a pas présenté d'observations.

- C. Selon les données du Registre du commerce, M. G_____ est associé gérant, avec signature individuelle, de S_____ Sàrl, dont le siège est au xx, route J_____, et titulaire de l'entreprise individuelle "G_____", domiciliée à la même adresse.
- D. La Commission de céans a ordonné la comparution personnelle de M. G_____ et l'audition, en qualité de témoin, de Mme J_____, agente postale, l'Office et C_____ SA ont été dispensés de comparaître.

Lors de cette audience du 16 février 2009, Mme J_____, qui a confirmé que c'était bien elle qui avait notifié le commandement de payer dont il est question et au verso duquel figurent son écriture et sa signature, a affirmé qu'elle ne se souvenait pas des circonstances de cette notification. Elle a précisé que, lorsque

un débiteur lui déclare former opposition, elle lui faisait apposer sa signature à côté de la sienne, sous la rubrique "opposition".

M. G_____ a confirmé les termes de sa plainte et ajouté qu'il était impossible qu'il n'ait pas déclaré former opposition à cet acte de poursuite.

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 le poursuivi a qualité pour agir par cette voie (56R LOJ ; art. 17 LP ; art. 10 al. 1 et 13 LaLP).

Il sied, par ailleurs, de rappeler que si, comme il l'allègue, le plaignant 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).

La présente plainte, déposée en temps utile et dans les formes prescrites (art. 17 al. 2 LP ; art. 13 al. 1 LaLP), sera toutefois déclarée partiellement recevable (cf. consid. 4.a et 4.b.)

- 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).

3. En l'espèce, il ressort du commandement de payer que le poursuivi n'a pas formé opposition lors de sa notification, en ses mains, le 27 octobre 2009. Suite à l'audition de la notificatrice, qui a déclaré ne pas se souvenir des circonstances de la notification, force est, par ailleurs, de retenir que le plaignant n'a pas été en mesure d'apporter la preuve de l'opposition qu'il allègue avoir déclarée à la précitée.

Or, la prudence élémentaire lui imposait de veiller à ce que l'employée postale atteste l'opposition, conformément à la prescription figurant sur la formule du commandement de payer, étant rappelé que le poursuivi 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 le plaignant, faut-il le constater, n'a pas fait, comme il le reconnaît du reste expressément.

C'est donc à bon droit que l'Office, requis de continuer la poursuite, a fait notifier au plaignant, qui est chef 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.a. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (cf. notamment ATF 5A_582/2009 consid. 3.1. ; ATF 7B.36/2006 du 16 mai 2006 consid. 2.1 ; 7B.45/2006 du 28 juillet 2006 consid. 3.1 ; 7B.219/2006 et 7B.220/2006 du 16 avril 2007 consid. 4.2 et les arrêts cités), la procédure de plainte de l'art. 17 LP ne permet pas d'obtenir, en invoquant l'art. 2 CC, l'annulation de la procédure de poursuite dans la mesure où le grief d'abus de droit est invoqué à l'encontre de la prétention litigieuse ; la décision sur ce point est réservée au juge ordinaire (ATF 113 III 2, JdT 1989 II 120). La finalité du droit des poursuites étant 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, en effet, 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. 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, *Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit*, Kommentar zu den Artikeln 13 - 30 SchKG, 2000, ad art. 17 n° 274).

De telles hypothèses ne peuvent toutefois 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.

- 4.b. En l'occurrence, le plaignant, qui fait valoir que la créance en poursuite est due par la société à responsabilité limitée, dont il est associé gérant, et non par lui-même, s'en prend à la prétention litigieuse. Certes, les parties au contrat produit sont la poursuivante et cette société et la facture, titre de la créance, a été adressée à celle-ci. Cela étant, les courriers du plaignant, à teneur desquels il déclare contester la facture, sont à son entête et il n'est fait nulle mention de ladite société. Il convient, en outre, de relever que l'intéressé est titulaire d'une entreprise individuelle domiciliée à la même adresse que la société à responsabilité limitée.

La Commission de céans retient en conséquence, au vu des considérants rappelés ci-dessus, que la poursuite dirigée contre le plaignant ne procède pas d'un abus de droit manifeste.

Il appartient à ce dernier, s'il l'estime opportun, d'agir devant le juge ordinaire, 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).

5. La plainte sera rejetée, dans la mesure de sa recevabilité.

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

Rejette, dans la mesure de sa recevabilité, la plainte formée le 7 janvier 2010 par M. G_____ contre la commination de faillite, poursuite n° 09 xxxx15 W.

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