

COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

Arrêt du 21 mars 2011

Présidence de M. HACK, président
Juges : Mme Carlsson et M. Bosshard
Greffier : Mme Joye

Art. 17 LP, 88 et 159 LP

La Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal prend séance à huis clos, en sa qualité d'autorité cantonale supérieure de surveillance, pour statuer sur le recours interjeté par **X._____ SÀRL**, à Chevilly, contre la décision rendue le 12 octobre 2010, à la suite de l'audience du 4 octobre 2010, par le Président du Tribunal d'arrondissement de la Côte, autorité inférieure de surveillance, rejetant la plainte déposée le 20 août 2010 par la recourante contre une commination de faillite qui lui a été notifiée le 10 août 2010 par l'**OFFICE DES POURSUITES DE COSSONAY** à la réquisition de **Z._____**, à La Sarraz.

Vu les pièces du dossier, la cour considère :

En fait :

1. Le 12 novembre 2008, l'Office des poursuites de Cossonay a notifié à la société X._____ Sàrl (ci-après : X._____ Sàrl), à la réquisition de Z._____, un commandement de payer la somme de 3'129 fr. 05, avec intérêt à 5 % l'an dès le 13 septembre 2005, dans la poursuite n° 236'699. La poursuivie a fait opposition totale.

Par requête du 11 mai 2009, le poursuivant a ouvert action en recon-naissance de dette devant le Juge de paix du district de Morges. Le 11 septembre 2009, à l'issue de l'audience préliminaire du 10 septembre 2009 à laquelle la poursuivie a fait défaut, ce magistrat a prononcé que X._____ Sàrl devait à Z._____ la somme de 3'129 fr. 05, avec intérêt à 5 % l'an dès le 17 octobre 2006 (I), l'opposition formée au commandement de payer n° 236'699 étant levée dans cette mesure (II).

Par décision du 7 octobre 2009, le juge de paix a déclaré irrecevable, pour tardiveté, la demande de motivation de ce jugement formée le 1^{er} octobre 2009 par la poursuivie, qui s'était vue notifier le jugement le 14 septembre 2009. De même, par décision du 21 octobre 2009, le juge de paix a déclaré irrecevable la demande de relief formée le 1^{er} octobre 2009 par la poursuivie.

Par arrêt du 8 janvier 2010, la Chambre des recours du Tribunal cantonal a déclaré irrecevable tant le recours formé contre la décision de refus de motivation du 7 octobre 2009 (I) que celui formé contre la décision de refus du relief du 21 octobre 2009 (II). Elle a déclaré que son arrêt, rendu sans frais ni dépens, était exécutoire (III).

Le 11 janvier 2010, Z._____ a requis de l'Office des poursuites du district de Morges la continuation de la poursuite, annexant à sa réquisition les différentes décisions judiciaires précitées. Le 28 janvier 2010, l'office a dressé une commination de faillite - le numéro de la

poursuite ayant été modifié et portant désormais le n° 4'00236'699 - et l'a remise à la poste pour notification à la poursuivie.

Le 3 février 2010, X. _____ Sàrl a écrit à l'office pour indiquer qu'à son avis une commination de faillite ne pouvait être établie, pour le motif que l'arrêt complet du Tribunal cantonal, qui lui était parvenu le 19 janvier 2010, ouvrait la voie à un recours auprès du Tribunal fédéral dans les trente jours. Elle requérait de l'office qu'il lui confirme qu'aucune commination de faillite ne serait établie. L'office lui a répondu le lendemain que l'arrêt rendu par la Chambre des recours mentionnait qu'il était exécutoire, que dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'était recevable que si la valeur litigieuse s'élevait au moins à 15'000 fr. et qu'aucune décision sur effet suspensif ne lui avait été communiquée, de sorte que la commination de faillite dressée le 28 janvier 2010 était maintenue.

Par arrêt du 22 avril 2010, la Présidente de la 1^{ère} Cour civile du Tribunal fédéral a refusé d'entrer en matière sur le recours constitutionnel subsidiaire formé par la poursuivie contre l'arrêt de la Chambre des recours du 8 janvier 2010. Le 18 mai 2010, la poursuivie a adressé à l'office une lettre lui indiquant qu'il lui était maintenant possible de lui notifier une commination de faillite, mais sur la base d'une demande postérieure à l'arrêt fédéral.

Après plusieurs tentatives infructueuses, la commination de faillite du 28 janvier 2010 a finalement été notifiée à la poursuivie le 10 août 2010.

2. Le 20 août 2010, X. _____ Sàrl a déposé une plainte contre cette commination de faillite, concluant à ce qu'elle soit déclarée nulle, que sa notification soit déclarée nulle, que l'effet suspensif soit accordé jusqu'à droit connu et, subsidiairement, à ce qu'elle ne soit pas débitrice de la somme de 140 fr. et autres suppléments pour les frais de la commination de faillite.

Le 23 août 2010, le Président du Tribunal d'arrondissement de la Côte a prononcé l'effet suspensif jusqu'à droit connu sur la plainte.

L'office a déposé des déterminations le 31 août 2010, concluant au rejet de la plainte et au maintien de la commination de faillite.

Par prononcé du 12 octobre 2010, rendu à la suite d'une audience tenue le 4 octobre 2010, le Président du Tribunal d'arrondissement de la Côte, en sa qualité d'autorité inférieure de surveillance, a rejeté la plainte de la poursuivie. En bref, le premier juge a considéré que l'office était habilité à établir la commination de faillite, le recours déposé au Tribunal fédéral étant un recours constitutionnel subsidiaire qui n'avait pas d'effet suspensif et auquel le juge instructeur n'avait pas attribué l'effet suspensif.

3. La plaignante a recouru par acte du 1^{er} novembre 2010 contre ce prononcé, qui lui a été notifié le 22 octobre 2010, le délai de garde postal ayant expiré le 21 octobre 2010. Elle a conclu à l'annulation du prononcé, à l'admission de sa plainte, à l'adjudication des conclusions prises dans sa plainte et à ce que l'effet suspensif soit accordé.

Par décision présidentielle du 3 novembre 2010, adressée pour communication aux parties le 5 novembre 2010, l'effet suspensif a été accordé.

Le 10 novembre 2010, l'office a indiqué maintenir les déterminations qu'il avait déposées devant l'autorité inférieure de surveillance et s'y référer.

En droit :

I. La décision querellée a été notifiée à la plaignante le 22 octobre 2010. Formé le lundi 1^{er} novembre 2010, son recours a été déposé en temps utile, dans le délai légal de dix jours, même si l'on considère qu'elle lui a été notifiée fictivement la veille, le 21 octobre 2010, à l'échéance du délai de garde postal de sept jours, le délai de recours, échéant le dimanche 31 octobre 2010, devant être reporté au premier jour utile (art. 18 al. 1 et 31 al. 3 LP ; art. 28 al. 1 LVLP; Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, n. 217 ad art. 17 LP et n. 57 ad art. 18 LP).

Pour le surplus, le recours comporte l'énoncé des moyens invoqués (art. 28 al. 3 LVLP) et est ainsi recevable à la forme.

II. a) Selon l'art. 17 al. 1 LP, la voie de la plainte est ouverte lorsqu'une mesure de l'office est contraire à la loi ou ne paraît pas justifiée en fait. Par mesure au sens de cette disposition, il faut entendre tout acte d'autorité accompli par l'office ou un organe de la poursuite en exécution d'une mission officielle dans une affaire concrète. L'acte de poursuite doit être de nature à créer, modifier ou supprimer une situation de droit de l'exécution forcée dans l'affaire en question et il peut se manifester de toutes sortes de façons (ATF 129 III 400 c. 1.1, JT 2004 II 51 ; Gilliéron, op. cit., nn. 11-12 ad art. 17 LP).

La voie de la plainte est ouverte en particulier contre une commination de faillite, qui est un acte de poursuite (Cometta, Commentaire romand, n. 1 ad art. 161 LP ; CPF, 2 décembre 2010/33), aussi longtemps que la faillite n'est pas prononcée (Peter, édition annotée de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, n. ad art. 161 LP; ATF 54 III 180, JT 1930 II 2 et les réf. cit.), par exemple lorsque le poursuivi excipe de l'ouverture d'une action en libération de dette (Gilliéron, op. cit., n. 19 ad art. 159 LP), s'il estime qu'il n'est pas sujet à la poursuite par voie de faillite (RVJ 2007 p. 204 ; Gilliéron, op. cit., n. 18 ad art. 160 LP), s'il considère que la commination de faillite émane d'un office

des poursuites incompétent à raison du lieu (ATF 96 III 31 c. 2, rés. in JT 1973 II 27) ou encore s'il fait valoir que le poursuivant n'a pas de titre exécutoire, tel un commandement de payer frappé d'une opposition non encore levée (Gilliéron, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 4^{ème} éd., n. 1434, p. 274).

b) Selon l'art. 159 LP, 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.

Aux termes de l'art. 88 al. 1 LP, lorsque la poursuite n'est pas suspendue par l'opposition ou par un jugement, le créancier peut requérir la continuation de la poursuite à l'expiration d'un délai de vingt jours à compter de la notification du commandement de payer. Ainsi, le poursuivant ne peut requérir la continuation de la poursuite que lorsque le commandement de payer est un titre exécutoire, c'est-à-dire lorsqu'il n'y a plus d'obstacle dirimant à la continuation de la poursuite (Gilliéron, Commentaire, op. cit., n. 12 ad art. 88 LP). L'opposition valable à la forme et recevable à la forme constitue un tel obstacle dirimant (Gilliéron, op. cit., n. 13 in initio ad art. 88 LP) et le poursuivant ne peut requérir la continuation de la poursuite qu'à la condition que l'opposition ait été annulée, par exemple à l'issue d'une procédure judiciaire (Gilliéron, op. cit., n. 14 in initio ad art. 88 LP). Par conséquent, lorsque le commandement de payer a été frappé d'opposition, le poursuivant doit joindre à sa réquisition de continuer la poursuite le jugement annulant l'opposition par la mainlevée, muni d'une déclaration de son caractère exécutoire et, si le droit cantonal prévoit un recours, une déclaration judiciaire certifiant que le jugement de première instance est passé en force (Gilliéron, op. cit., n. 26 ad art. 88 LP).

D'après la jurisprudence, rien ne s'oppose à ce qu'une commination de faillite puisse être notifiée nonobstant un recours pendant contre la décision de mainlevée, mais pour autant que le recours contre cette décision de mainlevée n'ait pas d'effet suspensif (ATF 130 III 657 c. 2.1, JT 2005 II 138 ; ATF 126 III 479 c. 2, JT 2000 II 84 ; ATF 101 III 40 c. 2,

JT 1977 II 7). Il suffit ainsi que la décision judiciaire annulant l'opposition, produite avec la réquisition de continuer la poursuite, soit exécutoire. Il n'est du reste pas forcément nécessaire de produire une attestation du caractère exécutoire du jugement avec la réquisition de poursuite, notamment lorsque ce caractère découle clairement de la loi (ATF 126 III 479 c. 2 in fine, JT 2000 II 84).

c) En l'espèce, la mainlevée de l'opposition formée au commandement de payer notifiée à la poursuivie a été prononcée par jugement du 11 septembre 2009, devenu définitif faute de demande de motivation et de demande de relief formées à temps. La constatation de la tardiveté de ces demandes a été confirmée par arrêt de la Chambre des recours du Tribunal cantonal du 8 janvier 2010, déclaré exécutoire lors de son prononcé. Il n'y a donc pas eu de recours doté de l'effet suspensif de par la loi ni d'effet suspensif accordé par le président de l'autorité de recours contre ce jugement prononçant la mainlevée définitive de l'opposition. L'office était ainsi habilité à dresser une commination de faillite à réception de la réquisition de continuer la poursuite du 11 janvier 2010. Il n'avait pas à surseoir à cette opération en présence d'un jugement prononçant la mainlevée, exécutoire depuis le 25 septembre 2009.

III. Dans ces conditions, le recours doit être rejeté et le prononcé entrepris confirmé.

La procédure de plainte et le recours contre une décision sur plainte sont gratuites (art. 20a al. 2 ch. 5 LP et art. 61 al. 2 let. a OELP) et il ne peut être alloué de dépens dans ces procédures (art. 62 al. 2 OELP).

Par ces motifs,
la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos en sa qualité d'autorité cantonale
supérieure de surveillance,
p r o n o n c e :

- I. Le recours est rejeté.
- II. Le prononcé est confirmé.
- III. L'arrêt, rendu sans frais ni dépens, est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du 21 mars 2011

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, prend date de ce jour.

Il est notifié, par l'envoi de photocopies, à :

- X. _____ Sàrl,
- M. Z. _____,
- M. le Préposé à l'Office des poursuites de Morges.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110). Ce recours doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les dix jours - cinq jours dans la poursuite pour effets de change - qui suivent la présente notification (art. 100 LTF).

Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- Mme le Président du Tribunal d'arrondissement de la Côte, autorité inférieure de surveillance.

La greffière :