



## POUVOIR JUDICIAIRE

DCSO/223/07

### DÉCISION

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

DU 3 MAI 2007

Cause A/571/2007, plainte 17 LP formée le 16 février 2007 par **M. H\_\_\_\_\_**.

Décision communiquée à :

- **M. H\_\_\_\_\_**
  
- **UBS SA**
  
- **Tribunal de première instance (Cause C/283/2007-11)**
  
- **Office des poursuites**

---

Le recours en matière civile est ouvert contre les décisions prises par la Commission de surveillance de l'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. A la requête d'UBS SA, l'Office des poursuites (ci-après : l'Office) a notifié à M. H\_\_\_\_\_, en mains de son épouse, un commandement de payer poursuite n° 06 xxxx24 G, le 26 juin 2006. Sous la mention « *Titre et date de la créance, cause de l'obligation* » figure « *Montant dû selon acte de défaut de biens après saisie délivré le 25.08.1992 par l'Office des poursuites de Genève, poursuite n° 91 xxxx79* ».

Cet acte de poursuite a été frappé d'opposition.

Le 6 juillet 2006, M. H\_\_\_\_\_ s'est présenté au guichet de l'Office pour confirmer son opposition et déclarer qu'il n'était pas revenu à meilleure fortune.

Par courrier recommandé du 7 juillet 2006, l'Office a écrit au précité que la faillite dont il avait fait l'objet, prononcée le 12 juin 2006, avait été rétractée le 23 juin 2006 et que, si ces mentions étaient correctes, il devrait constater l'irrecevabilité de l'exception de non retour à meilleure fortune.

Par jugement du 18 septembre 2006 (JTPI/13176/2006), le Tribunal de première instance, statuant par voie de procédure sommaire et par défaut, a prononcé la mainlevée de l'opposition formée au commandement de payer poursuite n° 06 xxxx24 G.

Il ressort de l'édition de la poursuite n° 06 xxxx24 G, qu'une commination de faillite a été notifiée en mains de M. H\_\_\_\_\_ le 15 décembre 2006.

- B. Le 16 février 2007, M. H\_\_\_\_\_ a porté plainte à la Commission de surveillance.

Il déclare que la commination de faillite ne lui a pas été notifiée, et que, lors de l'audience du 5 février 2007, le juge du Tribunal de première instance chargé de prononcer la faillite a décidé de suspendre la cause C/283/2007 dans l'attente de la décision qui serait rendue par la Commission de céans.

Il ajoute que, dans sa décision du 7 juillet 2006, l'Office a rejeté l'exception de non-retour à meilleure fortune qu'il avait formée le 6 juillet 2006 alors que seul le juge est compétent pour se prononcer sur une telle exception.

- C. Dans son rapport, l'Office indique que, dans la mesure où la faillite du débiteur a été rétractée le 23 juin 2006 et qu'aucun acte de défaut de biens n'a été délivré, il n'a pas transmis le commandement de payer au Tribunal de première instance pour qu'il statue sur l'exception de non-retour à meilleure fortune.

L'Office ajoute que le 15 décembre 2006 une commination de faillite a été notifiée à M. H\_\_\_\_\_ mais que le facteur qui a procédé à ladite notification a oublié de compléter la rubrique notification de l'exemplaire débiteur de cet acte.

- D. Invitée à présenter ses observations sur la plainte, UBS SA relève qu'aucune faillite au nom de M. H\_\_\_\_\_ n'ayant été traitée et aucun acte de défaut de biens délivré à la suite d'une faillite, l'exception de non-retour à meilleure fortune paraît donc infondée.

Elle ajoute que la décision de l'Office rejetant l'exception de non-retour à meilleure fortune date du 7 juin 2006 et que la plainte, formée le 16 février 2007, est manifestement tardive.

- E. Par jugement (JTPI/3610/07) du 5 mars 2007, le Tribunal de première instance, statuant par voie de procédure sommaire, a décidé de sursoir à statuer sur la requête de faillite formée le 10 janvier 2007 par UBS SA à l'encontre de M. H\_\_\_\_\_ jusqu'à droit jugé dans la procédure de plainte en cours devant la Commission de surveillance sous le numéro de cause A/571/2007.
- F. La Commission de céans a ordonné la comparution personnelle des parties et l'audition du notificateur.

Lors de cette audience qui s'est tenue le 30 mars 2007, M. H\_\_\_\_\_ a confirmé qu'il avait reçu le courrier de l'Office du 7 juillet 2006, qu'il avait eu un entretien téléphonique avec une collaboratrice de l'Office qui lui avait indiqué qu'il n'était pas fondé à soulever cette exception du fait que sa faillite avait été rétractée et qu'il avait renoncé à porter plainte auprès de la Commission de céans.

Il a indiqué qu'il avait été inscrit au Registre du commerce en qualité d'administrateur de C\_\_\_\_\_ SA de 1980 à 1992 environ, puis que cette société avait été liquidée par voie de faillite. Suite à cette faillite, une poursuite par voie de saisie avait été dirigée à son encontre et avait abouti à la délivrance d'un acte de défaut de biens en date du 25 août 1992.

M. H\_\_\_\_\_, inscrit au Registre du commerce, sous la raison individuelle E\_\_\_\_\_ H\_\_\_\_\_, depuis le 5 mai 1999, a également confirmé que sa faillite, prononcée le 12 juin 2006, avait été rétractée le 23 juin 2006.

M. H\_\_\_\_\_ a ajouté que la commination de faillite lui était parvenue par la poste dans une enveloppe, en courrier simple, mais qu'il ne se rappelait plus quand il l'avait reçue.

Entendu en qualité de témoin, M. G\_\_\_\_\_, facteur, a déclaré qu'il reconnaissait son écriture et son paraphe sur l'exemplaire créancier de la commination de faillite ainsi que son paraphe sur l'exemplaire débiteur. Il a confirmé que le 13 décembre 2006, il avait commencé son activité à la poste du Petit-Lancy et que la

notification de la commination de faillite était intervenue entre le 13 décembre 2006 et Noël. Il a déclaré qu'il reconnaissait M. H\_\_\_\_\_ en mains de qui il avait notifié la commination de faillite.

Il a précisé qu'il travaillait à La Poste depuis 17 ans - 7 ans en qualité de facteur - et qu'il avait l'habitude de notifier des commandements de payer mais pas des comminations de faillite.

Il a rappelé qu'au début de sa tournée, soit entre 8h30 et 9h00, 9h15 au plus tard, il s'était rendu au domicile de M. H\_\_\_\_\_, qu'il avait sonné à la porte, que le prénommé en personne lui avait répondu et qu'il avait notifié la commination de faillite en ses mains. Il a alors remis l'exemplaire débiteur de la commination de faillite au précité en omettant d'y mentionner ses nom et prénom ainsi que la date de la notification, mentions qu'il a apposées sur l'exemplaire créancier de cet acte qui a été retourné à l'Office.

Le témoin a ajouté qu'il lui était arrivé à plusieurs reprises de notifier des actes à M. H\_\_\_\_\_, notamment des plis recommandés, qu'à chaque fois c'est M. H\_\_\_\_\_ qui lui avait répondu et qu'il n'avait pas rencontré d'autre personne à cette adresse.

Enfin, il a affirmé qu'il avait bien remis l'exemplaire débiteur de la commination de faillite à M. H\_\_\_\_\_ et qu'en aucun cas il ne l'avait repris pour le mettre dans une enveloppe qu'il aurait adressée à ce dernier.

Suite à cette audition, M. H\_\_\_\_\_ a déclaré que, d'après son agenda électronique, il avait un rendez-vous à Gland à 10h00 le 15 décembre 2006 et qu'il avait donc dû quitter son domicile vers 9h00.

Après avoir affirmé que la commination de faillite lui était parvenue par la poste dans une enveloppe, en courrier simple, le prénommé, qui a dit ne pas se souvenir de la notification de la commination de faillite, a admis qu'il avait retrouvé cet acte dans ses papiers après avoir reçu la convocation à l'audience de faillite et qu'il en avait conclu qu'il lui avait été adressé par La Poste.

### **EN DROIT**

1. Sauf dans les cas où la loi prescrit la voie judiciaire, il peut être porté plainte à l'autorité de surveillance lorsqu'une mesure de l'office est contraire à la loi ou ne paraît pas justifiée en fait. La plainte doit être déposée dans les dix jours de celui où le plaignant a eu connaissance de la mesure (art. 17 LP ; art. 10 al. 1 et art. 11 al. 2 LaLP ; art. 56R al. 3 LOJ).

La notification de la commination de faillite constitue une mesure sujette à plainte, que le poursuivi a qualité pour attaquer par cette voie.

La présente plainte satisfait aux exigences de forme et de contenu prescrites par la loi (art. 13 al. 1 et 2 LaLP).

Le plaignant n'a pas agi dans le délai de dix jours suivant la notification de la commination de faillite attaquée. Toutefois, dans la mesure où il invoque un vice dans la notification de cet acte de poursuite, qui peut constituer un motif de nullité que la Commission de céans doit examiner d'office et en tout temps (art. 22 LP, consid. 2.b. ci-dessous), il se justifie d'entrer en matière sur la présente plainte.

- 2.a. Tant un commandement de payer qu'une commination de faillite sont des actes de poursuite devant faire l'objet d'une communication revêtant la forme qualifiée de la notification (art. 72 et 161 LP). Cette dernière consiste en la remise de l'acte à découvert en mains du poursuivi ou, en l'absence de ce dernier, en mains d'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 (ATF 117 III 7, consid. 3b ; Walter A. Stoffel, Voies d'exécution § 3 n° 20 ss ; Jolanta Kren-Kostkiewicz, Zustellung von Betreuungsurkunden, in BLSchK 1996, p. 201 ss, 204 ; Yves Donzallaz, La notification en droit interne suisse, Berne 2002, p. 212 s. n° 378 s.). Les actes de poursuites peuvent également être notifiés à leur destinataire ou à son représentant, parlant à sa personne, en n'importe quel lieu que ce soit, pourvu que l'agent notificateur soit à même de l'identifier. La demeure du destinataire, le lieu où il exerce habituellement sa profession, le bureau du représentant ne sont, en effet, que des éléments propres à identifier le destinataire ou la personne habilitée à recevoir l'acte de poursuite (Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire ad art. 64 n° 9 et les jurisprudences citées).

Les actes de poursuite doivent être notifiés au débiteur dans sa demeure ou à l'endroit où il exerce habituellement sa profession. S'il est absent l'acte peut être remis à une personne adulte de son ménage ou à un employé (art. 64 al. 1 phr. 1 LP).

Les exigences en matière de notification, prévues aux art. 64 à 66 LP, sont des éléments propres à identifier le destinataire ou la personne habilitée à recevoir l'acte de poursuite et visent à garantir que les actes de poursuite parviennent effectivement en mains de leur destinataire, une remise fictive n'étant pas admise pour des actes de poursuite d'une telle importance, contrairement à ce qui est le cas pour d'autres communications (Walter A. Stoffel, Voies d'exécution, § 3 n° 20 à 22).

- 2.b. La violation des dispositions sur la notification des actes de poursuite ne réside pas forcément dans la nullité des notifications viciées. Tel est cependant le cas lorsqu'il n'est pas établi qu'un commandement de payer ou une commination de faillite est néanmoins parvenue en mains du poursuivi ou d'une personne de remplacement désignée par la loi. Si, malgré une notification viciée, l'acte

parvient en mains du poursuivi ou de la personne compétente pour recevoir la notification ou encore si le destinataire participe ultérieurement à des actes de poursuites dont il pouvait déduire le contenu de l'acte mal notifié, les irrégularités de la notification n'entraînent, en principe, ni la nullité de celle-ci, ni la nullité du commandement de payer, respectivement de la commination de faillite (ATF 128 III 104, JdT 2002 II 25; BISchK 2002 51 ss et 2003 116 ss).

- 2.c. Selon l'art. 72 LP, la notification est opérée par le préposé, par un employé de l'Office ou par la poste. Celui qui procède à la notification atteste sur chaque exemplaire le jour où elle a eu lieu et la personne à laquelle l'acte a été remis. Le procès-verbal de notification ainsi apposé sur les deux exemplaires de l'acte de poursuite fait foi des faits qu'il atteste, jusqu'à preuve du contraire (art. 8 al. 2 LP ; Pierre-Robert Gilliéron, ad art. 8 n° 30 ss., et ad art. 72 n° 18 ; James T. Peter, in SchKG I ad art. 8 n° 10 ss. ; Karl Wüthrich / Peter Schoch, in SchKG I, ad art. 72 n° 14).

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). A ce dernier égard, la sanction du défaut de collaboration du plaignant peut être l'irrecevabilité de la plainte (Pauline Erard, in CR-LP, ad art. 20a n° 14).

Le procès-verbal de notification, rédigé sur l'acte de poursuite, sert en règle générale de preuve, mais la preuve contraire n'est liée à aucune forme particulière (art. 8 al. 2 LP ; Louis Dallèves, in CR-LP, ad art. 8 n° 7 ; Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 8 n° 30 ss et ad art. 72 n° 18 ss et les références citées ; James T. Peter, in SchKG I, ad art. 8 n° 12 ; ATF 117 III 10 consid. 5c, JdT 1993 II 130 ; ATF 107 III 1 consid. 1, JdT 1983 II 39).

3. En l'espèce, il ressort de l'édition de la poursuite considérée et de l'exemplaire créancier de la commination de faillite que cet acte a été notifié le 15 décembre 2006 à M. H \_\_\_\_\_.

Lors de son audition, en qualité de témoin, par la Commission de céans, le facteur de la poste du Petit-Lancy a reconnu son écriture et son paraphe sur l'exemplaire créancier de la commination de faillite précitée et son paraphe sur l'exemplaire débiteur. Par ailleurs, il a formellement déclaré, qu'au début de sa tournée, il s'était rendu au domicile du débiteur - qu'il a reconnu à l'audience -, que ce dernier lui avait ouvert la porte, qu'il avait notifié la commination de faillite en ses mains et lui avait remis l'exemplaire débiteur de cet acte en omettant toutefois d'y inscrire ses nom et prénom ainsi que la date de notification, mentions qu'il avait reportées sur l'exemplaire créancier qu'il avait ensuite retourné à l'Office.

Suite à l'audition du facteur, le débiteur qui avait dans un premier temps déclaré que la commination de faillite lui avait été adressée sous enveloppe, par pli simple, a reconnu qu'il ne se souvenait plus qu'une commination de faillite lui

aurait été notifiée le 15 décembre 2006 et qu'il en avait alors conclu que cet acte lui avait été adressé par pli simple, raison pour laquelle il avait déclaré l'avoir reçu sous enveloppe.

Les déclarations claires et sans équivoques du notificateur, qui n'ont d'ailleurs pas été contredites par le plaignant, conduisent la Commission de céans à retenir que la commination de faillite litigieuse a bien été notifiée au précité le 15 décembre 2006.

La présente plainte se révèle donc infondée et sera rejetée dans la mesure de sa recevabilité.

4. Le plaignant prétend que l'opposition qu'il a formée au commandement de payer poursuite n° 06 xxxx24 G aurait dû être soumise au juge du for de la faillite parce qu'elle était motivée par le fait qu'il n'était pas revenu à meilleure fortune.
- 4.b. Sous réserve qu'elle ne soit pas soulevée de manière à représenter un abus manifeste de droit, qui ne peut être admis qu'exceptionnellement (cf. ATF 115 III 18 consid. 3b ; DCSO/458/03 du 27 octobre 2003 consid. 5b dans la cause A/1157/2003 ; DCSO/192/03 du 22 mai 2003 consid. 3 dans la cause A/630/2003), l'exception de non-retour à meilleure fortune (art. 265a al. 1 LP) doit être soumise au juge du for de la poursuite, ainsi que le Tribunal fédéral l'a dit clairement dans l'ATF 124 III 379, en harmonie avec la doctrine majoritaire (cf. Flavio Cometta, in BLSchK 2003 p. 99 s.).

Il appartient donc à l'office d'examiner la recevabilité d'une opposition, du point de vue de la forme seulement. L'office vérifiera en particulier si les délais ont été respectés ou si les termes de la déclaration correspondent réellement à une opposition, sa décision à ce sujet pouvant faire l'objet d'une plainte de la part du débiteur ou du créancier. En revanche, l'Office n'a pas à vérifier si l'exception de non retour à meilleure fortune est recevable dans le cas concret, seul le juge peut en décider (DCSO/488/2003 du 13 novembre 2003 et DCSO/729/2006 du 18 décembre 2006; ATF 124 III 379, JdT 1999 II 126 ; Walter A Stoffel, Voies d'exécution, §11 n° 135 ; Carl Jaeger / Hans Ulrich Walder / Thomas M. Kull / Martin Kottmann, SchKG, 4<sup>ème</sup> éd. 1997, ad art. 74 n° 9).

Dans le cas d'espèce, il appert que, par décision du 7 juillet 2006, l'Office a rejeté l'exception de non retour à meilleure fortune soulevée par le plaignant alors qu'il aurait dû, conformément à la jurisprudence précitée, vérifier que l'exception avait été soulevée dans le délai de dix jours suivant la notification du commandement de payer et la soumettre au juge. L'Office a donc outrepassé ses compétences. Cela étant, la décision de l'Office du 7 juillet 2006 n'a pas fait l'objet d'une plainte dans le délai de dix jours suivant sa notification, partant le plaignant ne saurait la remettre en cause dans le cadre de la présente plainte.

Pour le surplus, la Commission de céans relève que l'exception de non-retour à meilleure fortune ne peut être valablement soulevée qu'à l'encontre d'une poursuite requise sur la base d'un acte de défaut de biens délivré au terme de la liquidation d'une faillite (art. 265 al. 2 phr. 2 LP) ou pour des prétentions éventuellement non produites mais nées avant l'ouverture de la faillite (art. 267 LP ; Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire, ad art. 265 n° 32 s. et ad art. 265a n° 7 ; Ueli Huber, in SchKG III, ad art. 265 n° 13 et ad art. 265a n° 9 et 26), que dans le cas d'espèce, le plaignant est poursuivi sur la base d'un acte de défaut de biens délivré après saisie et qu'il n'était donc pas fondé à soulever l'exception de non-retour à meilleure fortune.

\* \* \* \* \*

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

1. Rejette la plainte A/571/2007 formée le 16 février 2007 par **M. H\_\_\_\_\_** dans la poursuite n° 06 xxxx24 G dans la mesure de sa recevabilité.
2. Déboute les parties de toutes autres conclusions.

**Siégeant** : Mme Ariane WEYENETH, présidente ; M. Didier BROSSET et Mme Florence CASTELLA, juges assesseur(e)s.

Au nom de la Commission de surveillance :

Marisa BATISTA  
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