Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite

Dernière modification : 23.04.2026

PDF créé le : 06.10.2026

OK
COMMENTAIRE EN LIGNE
LE COMMENTAIRE JURIDIQUE
EN OPEN ACCESS

TABLE DES MATIÈRES

Art. 8 LP 5
Art. 8a LP 13
Art. 106-109 LP 45
Art. 151 LP 77
Art. 152 LP 109
Art. 89 LP 143
Art. 90 LP 151
Art. 91 LP 157
Art. 222 LP 169
Art. 260 LP 179
Art. 265 LP 195
Art. 265a LP 221
Art. 265b LP 255
Art. 266 LP 263
Art. 267 LP 277

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 8 LP

Un commentaire de Tobias Aggteleky / Philip Carr

PROPOSITION DE CITATION

Tobias Aggteleky/Philip Carr, Kommentierung zu Art. 8 SchKG, in: Pasquier Bruno/Heinzmann Michel (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs

Citation abrégée: OK-Aggteleky/Carr, N. XXX zu Art. 8 SchKG.

E. Procès-verbaux et registres

1. Tenue, force probante et rectification

Art. 8

[1] Les offices des poursuites et les offices des faillites dressent procès-verbal de leurs opérations, ainsi que des réquisitions et déclarations qu'ils reçoivent; ils tiennent les registres.

[2] Les procès-verbaux et les registres font foi jusqu'à preuve du contraire.

[3] L'office des poursuites rectifie d'office ou sur demande d'une personne concernée une inscription inexacte.

TABLE DES MATIÈRES

I. Généralités 7
II. Tenue des procès-verbaux et des registres (al. 1) 7
A. But et champ d'application 7
B. Procès-verbaux et registres 8
C. Mode et durée de conservation 9
III. Valeur probante (al. 2) 9
A. Effet 9
B. Champ d'application 10
IV. Rectification (al. 3) 10
Bibliographie 11

I. GÉNÉRALITÉS

L'art. 8 LP régit la tenue des procès-verbaux et des registres par les offices des poursuites et des faillites ainsi que la force probante de ces procès-verbaux et registres. Il s'applique également à des organes atypiques tels que l'administration extraordinaire de la faillite choisie par les créanciers (art. 241 LP), le commissaire dans la procédure concordataire (sur la base de l'art. 295 al. 3 LP) et le liquidateur (art. 320 al. 3 LP). 1

L'art. 8 LP existe sous sa forme actuelle depuis la révision de la LP de 1994 ; auparavant, le contenu de l'art. 8 LP et le droit de consultation selon l'art. 8a LP étaient réglés conjointement à l'art. 8 aLP. 2

Des explications concrétisant l'art. 8 LP se trouvent aussi bien dans l'OCRC que dans l'ORAF et l'OCC. 3

II. TENUE DES PROCÈS-VERBAUX ET DES REGISTRES (AL. 1)

A. But et champ d'application

L'obligation de tenir des procès-verbaux et des registres a pour but de garantir que la procédure de poursuite et de faillite puisse être examinée en tout temps et que les actes accomplis puissent être retracés. En conséquence, les offices sont tenus, en vertu de l'art. 1 OACP, de classer et de conserver les dossiers de manière claire. Les procès-verbaux et les registres aident ainsi les autorités de surveillance à établir les faits (cf. art. 20 al. 2 ch. 2 LP) et à remplir leur fonction de surveillance. 4

L'obligation de tenir des procès-verbaux et des registres s'applique d'une part aux activités de l'office et d'autre part aux requêtes et déclarations reçues. La notion d'activités de l'office englobe tous les actes effectués par l'office en relation avec une poursuite ou une faillite en cours. Ainsi, les commandements de payer et les menaces de faillite établis doivent être versés au dossier et les saisies effectuées doivent être consignées dans un procès-verbal. 5

Les requêtes et les déclarations sont des interventions orales ou écrites des parties dans le cadre d'une procédure de poursuite ou de faillite. Comme le 6

contenu des requêtes et déclarations des parties n'est pas couvert par la force probante de l'art. 8 al. 2 LP, il n'est pas nécessaire de les consigner en détail ; il suffit de documenter quand, où et à qui des déclarations pertinentes pour le droit des poursuites ont été faites.

7 L'art. 8 al. 1 LP ne s'applique pas aux demandes de renseignements au sens de l'art. 8a LP et aux renseignements donnés dans ce contexte. Certes, dans la pratique, de telles demandes sont souvent conservées pendant une période raisonnable et peuvent dans ce cas être consultées par le débiteur, mais il n'existe pas d'obligation de tenir des procès-verbaux et des registres à cet égard.

B. Procès-verbaux et registres

8 La tenue des registres par les offices des poursuites est concrétisée dans l'ORAF. Conformément à l'art. 8 al. 1 OCR, les registres suivants sont prévus : Le registre des entrées (art. 9 OCRF), le registre des poursuites (art. 10 OCRF), le registre des groupes (art. 11 OCRF), le registre des personnes (art. 12 OCRF), le journal et l'agenda (art. 13 OCRF), le livre de caisse (art. 14 OCRF) ainsi que le livre des comptes courants (art. 15 OCRF).

9 Le registre des poursuites revêt une importance particulière. Toutes les poursuites y sont inscrites dans l'ordre de réception des réquisitions de poursuite. Sont notamment consignés le type de poursuite, le nom du débiteur et du créancier, le montant de la créance avec les intérêts ainsi que la date de réception de la réquisition de poursuite (art. 10 OCR). Le registre des poursuites mentionne également les poursuites "silencieuses", c'est-à-dire celles pour lesquelles la réquisition de poursuite est retirée avant l'établissement du commandement de payer, de sorte qu'elles n'entraînent aucune inscription dans le registre des poursuites.

10 La tenue des registres des offices des faillites est réglée par l'OCO. Les registres et livres suivants doivent être tenus par les offices des faillites conformément à l'art. 1 OCO : Le registre des faillites et des demandes d'entraide judiciaire (art. 4 OCO), le livre de caisse (art. 16 OCO), le livre des comptes courants (art. 17 s. OCO) et le cahier de bilan (art. 19 OCO).

11 La tenue de ces registres et livres doit être conforme aux modèles figurant en annexe à l'OCE (art. 3, al. 1, OCE). Les cantons peuvent autoriser, voire prescrire d'autres formulaires (art. 3 al. 2 OCEC).

C. Mode et durée de conservation

Le mode de conservation des dossiers de poursuite et de faillite est réglé par l'OCPC. En principe, les dossiers (originaux) doivent être conservés. Avec l'accord de l'autorité cantonale de surveillance, les livres peuvent toutefois être tenus sous forme électronique (art. 4 al. 1 OOCCR, art. 15a al. 1 OCEC, art. 8 al. 2 OCRF). Dans ce cas, les dossiers originaux peuvent être détruits. 12

En ce qui concerne la durée de conservation, l'art. 2 al. 1 OCRC prévoit que les dossiers de poursuites liquidées peuvent être détruits dix ans après la liquidation. Sont considérées comme liquidées toutes les poursuites qui ont été formellement closes ou qui ne peuvent pas être poursuivies par une requête ordinaire du créancier, notamment par une réquisition de continuer la poursuite. Les registres des poursuites et les registres des personnes qui s'y rapportent doivent en revanche être conservés pendant 30 ans à compter de leur clôture (art. 2 al. 2 OACP). 13

En ce qui concerne les dossiers de faillite, l'art. 5 de l'OAPC renvoie à l'OCO. Selon l'art. 14 OCO, les dossiers de faillites liquidées peuvent être détruits après dix ans à compter de leur liquidation, les livres de caisse et leurs pièces justificatives, les livres de comptes courants et les carnets de bilan après dix ans à compter de leur clôture. En revanche, le registre des faillites, qui contient des informations fondamentales telles que l'ouverture de la faillite, le type de procédure de faillite et la clôture de la faillite, doit être conservé pendant 40 ans à compter de sa clôture (art. 14 al. 2 OACO). 14

III. VALEUR PROBANTE (AL. 2)

A. Effet

Selon l'art. 8 al. 2 LP, les procès-verbaux et les registres du droit des poursuites ont force probante quant à leur contenu jusqu'à preuve du contraire. Ils bénéficient donc de la force probante accrue des actes authentiques (cf. art. 9 CC et art. 179 CPC). Les procès-verbaux et les registres ne jouissent toutefois pas de la foi publique ; les inscriptions n'ont pas d'effet constitutif (positif ou négatif) et ne sont pas non plus présumées exactes pour les tiers de bonne foi. 15

16 L'art. 8 al. 2 LP établit plutôt une règle de preuve : Le contenu des procès-verbaux et des registres du droit des poursuites est réputé prouvé tant qu'il n'est pas prouvé qu'il est inexact. En d'autres termes, l'exactitude des procès-verbaux et des registres du droit des poursuites est présumée réfutable.

17 Cette présomption ne peut être réfutée que par la preuve du contraire au sens d'une preuve principale - et non par une simple preuve contraire. La preuve contraire consiste à démontrer l'inexactitude du contenu du procès-verbal ou du registre concerné. Cette preuve n'est soumise à aucune forme particulière et peut être administrée par tous les moyens de preuve (cf. art. 9 al. 2 CC).

B. Champ d'application

18 La force probante des procès-verbaux et des registres du droit des poursuites s'applique à tous les procès-verbaux et registres utilisés par l'office des poursuites ou l'office des faillites. Toutefois, seul le contenu effectif qui constate des actes officiels ou qui a été perçu par l'officier des poursuites ou des faillites lui-même est pris en compte. La force probante se réfère donc en premier lieu au moment, au lieu et à la personne qui a fait certaines déclarations.

19 Le contenu des simples allégations ou déclarations des parties qui ont été consignées au procès-verbal ou versées au dossier n'est en revanche pas couvert par l'art. 8 al. 2 LP. La force probante ne s'étend pas non plus aux allégations qui ne ressortent pas des procès-verbaux ou des registres. En principe, l'absence d'une inscription déterminée n'entraîne pas la présomption que l'acte correspondant n'a pas été accompli.

IV. RECTIFICATION (AL. 3)

20 Les inscriptions dans les registres et les procès-verbaux doivent être corrigées par l'office des poursuites ou des faillites si elles sont erronées. Cette correction doit être effectuée sans frais et en bonne et due forme. L'art. 8 al. 3 LP ne concerne pas seulement les offices des poursuites, mais aussi les offices des faillites (cf. art. 20 OCC) ainsi que toutes les autres autorités et organes chargés de la tenue des procès-verbaux ou des registres.

21 Seules les erreurs commises par les offices des poursuites ou des faillites ou par l'organe correspondant chargé de la tenue du procès-verbal ou du registre sont soumises à rectification. L'inscription d'un ordre erroné dans le registre

d'entrée ou la saisie dans le registre des poursuites d'un montant de créance qui ne correspond pas à celui de la réquisition de poursuite constituent par exemple de telles erreurs. Si l'erreur n'est pas imputable à l'office des poursuites, mais au créancier, il n'y a pas de place pour une rectification, car l'office des poursuites n'agit pas de manière erronée lorsqu'il reprend les indications inexactes d'un créancier.

Les autorités compétentes sont tenues de procéder d'office à des rectifications. Si une autorité refuse la rectification, la personne concernée a la possibilité de déposer une plainte en matière de droit des poursuites (art. 17 LP). 22

BIBLIOGRAPHIE

Baumgartner, Samuel, Die Betreibungsregistereinsicht zum Zweck des Kreditschutzes, in: Portmann Wolfgang/Heiss Helmut/Isler Peter R./ Thouvenin Florent (Hrsg.), Gedenkschrift für Claire Huguenin, 2020, S. 29.

Hunkeler Daniel/Wuffli Daniel, Verjährungsunterbrechung durch «stille Betreibung»? in: Jusletter 11. September 2017.

Kren Kostkiewicz Jolanta, Orell Füssli Kommentar (OFK), SchKG Kommentar, 20. Aufl., Zürich 2020.

Möckli Urs, in: Hunkeler Daniel (Hrsg.), Kurzkommentar SchKG, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. KUKO SchKG-Möckli).

Peter James T., in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl. Basel 2021 (zit. BSK SchKG-Peter).

Rosenkranz Charlotte, in: Orell Füssli Kommentar (OFK), ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 4. Aufl., Zürich 2021 (zit. OFK ZGB-Rosenkranz).

Weingart Denise, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik (Hrsg.), Schulthess Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, 4. Aufl., Zürich 2017 (zit. SK SchKG-Weingart).

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 8a LP

Un commentaire de Tobias Aggteleky / Philip Carr

PROPOSITION DE CITATION

Tobias Aggteleky/Philip Carr, Kommentierung zu Art. 8a SchKG, in: Pasquier Bruno/Heinzmann Michel (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs

Citation abrégée: OK-Aggteleky/Carr, N. XXX zu Art. 8a SchKG.

2. Droit de consultation

Art. 8*a*

[1] Toute personne peut consulter les procès-verbaux et les registres des offices des poursuites et des offices des faillites et s'en faire délivrer des extraits à condition qu'elle rende son intérêt vraisemblable.

[2] Cet intérêt est rendu vraisemblable en particulier lorsque la demande d'extrait est directement liée à la conclusion ou à la liquidation d'un contrat.

[3] Les offices ne doivent pas porter à la connaissance de tiers:

a. les poursuites nulles ainsi que celles qui ont été annulées sur plainte ou à la suite d'un jugement;

b. les poursuites pour lesquelles le débiteur a obtenu gain de cause dans l'action en répétition de l'indu;

c. les poursuites retirées par le créancier;

d. les poursuites pour lesquelles une demande du débiteur dans ce sens est faite à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la notification du commandement de payer, à moins que le créancier ne prouve, dans un délai de 20 jours imparti par l'office des poursuites, qu'une procédure d'annulation de l'opposition (art. 79 à 84) a été engagée à temps; lorsque la preuve est apportée par la suite, ou lorsque la poursuite est continuée, celle-ci est à nouveau portée à la connaissance de tiers.

[4] Le droit de consultation des tiers s'éteint cinq ans après la clôture de la procédure. Les autorités judiciaires et administratives peuvent encore, dans l'intérêt d'une procédure pendante devant elles, demander la délivrance d'un extrait.

TABLE DES MATIÈRES

I. Généralités 16
A. But 16
B. Problématique et révisions y afférentes 16
II. Personnes autorisées à consulter le dossier 17
A. Généralités 17
B. Personne concernée 18
C. Parties à la procédure 18
D. Tiers 18
E. Autorités judiciaires et administratives 21
III. Preuve de l'intérêt 21
IV. Objet, forme et étendue du droit de regard 22
A. Objet 22
B. Forme 23
C. Portée 24
V. Exclusion du droit de consultation 25
A. Problématique 25
B. Poursuites nulles ou annulées sur la base d'une plainte ou d'une décision judiciaire (art. 8a al. 3 let. a) 26
1. Poursuites nulles 26
2. Poursuites annulées suite à une plainte en matière de droit des poursuites 26
3. Poursuites annulées sur la base d'une décision judiciaire 27
C. Obtenir gain de cause avec l'action en restitution (art. 8a al. 3 let. b) 28
D. Poursuite retirée (art. 8a al. 3 let. c) 28
E. Requête de non-communication de la poursuite acceptée (art. 8a al. 3 let. d) 28
1. Orientation de la révision 2019 28
2. La procédure selon l'art. 8a al. 3 let. d LP 29
a. Champ d'application de l'art. 8a al. 3 let. d LP 29
b. Requête de la personne exploitée 31
c. Avis au créancier par l'office des poursuites 33
d. Preuve du créancier 33
3. Initiatives parlementaires en réponse à la jurisprudence du Tribunal fédéral 36
VI. Limites temporelles 37
VII. Frais 37
VIII. Recours 38
Bibliographie 38
Matériaux 41

I. GÉNÉRALITÉS

1 La consultation et la délivrance de documents de droit public sont régies par les dispositions de droit public déterminantes. Conformément à ce principe, la consultation des procès-verbaux et des registres des offices des poursuites et des faillites est toujours régie par l'art. 8a LP. Cela vaut également lorsque la consultation est demandée dans le cadre d'une procédure civile en cours.

2 La LPD ne s'applique pas en raison de l'exclusion de l'art. 2 Abs. 4 LPD.

A. But

3 Conformément à l'art. 8a LP, les procès-verbaux et les registres des offices des poursuites et des faillites sont accessibles aux tiers, pour autant qu'ils rendent leur intérêt vraisemblable. L'extrait du registre des poursuites est au centre du droit de consultation. Les données relatives aux poursuites servent à tirer des conclusions sur la solvabilité d'une personne.

4 Le droit de regard selon l'art. 8a LP est donc pertinent aussi bien au stade précontractuel, afin de vérifier la solvabilité d'un débiteur potentiel, qu'au stade des rapports d'obligation existants, lorsque se pose la question de savoir si le recouvrement d'une créance en vaut la peine. Le droit de regard est donc (aussi) dans l'intérêt public, puisqu'il permet d'éviter des procédures judiciaires et d'exécution forcée vouées à l'échec. En outre, le droit de regard peut être utile pour le calcul des délais (p. ex. pour l'adhésion à la saisie selon les art. 110 et 111 LP).

5 Le but du droit de regard est différent en cas de faillite d'un débiteur. En effet, dans ce cas, son insolvabilité est en général évidente. L'art. 8a LP sert ici à fournir aux créanciers de la faillite et aux tiers lésés les informations nécessaires à la sauvegarde de leurs droits.

B. Problématique et révisions y afférentes

6 L'intérêt légitime des tiers à consulter les procès-verbaux et les registres des offices des poursuites et des faillites est contrebalancé par l'intérêt tout aussi légitime du débiteur (présumé) à ce que les données de la poursuite ne donnent pas la fausse impression d'un manque de solvabilité. L'art. 8a LP vise à concilier ces deux intérêts. Il n'est donc pas étonnant que les deux révisions

de l'art. 8 et 8a LP, en 1994 et en 2019, aient principalement porté sur cette question.

A l'occasion de la révision de 1994, le contenu de l'art. 8 aLP a été réparti entre les art. 8 et 8a LP. En ce qui concerne l'intérêt à la consultation et ses limites, la révision visait en premier lieu à codifier la jurisprudence du Tribunal fédéral de l'époque. Les décisions rendues avant la révision restent donc pertinentes. 7

En revanche, dans le cadre de la révision de 2019, l'art. 8a al. 3 let. d LP a introduit un instrument supplémentaire permettant aux personnes concernées de se défendre contre les effets négatifs de poursuites injustifiées. Parallèlement, la valeur informative des extraits du registre des poursuites devrait s'en trouver améliorée ou non diluée. 8

II. PERSONNES AUTORISÉES À CONSULTER LE DOSSIER

A. Généralités

Toute personne qui justifie d'un intérêt juridiquement suffisant a le droit de consulter les procès-verbaux et les registres des offices des poursuites et des faillites. Cet intérêt ne doit pas nécessairement être de nature financière ; un intérêt juridique d'une autre nature suffit également. L'existence d'un intérêt digne de protection à la consultation doit être déterminée dans chaque cas sur la base des circonstances concrètes et en tenant compte du but du droit de consultation. L'intérêt digne de protection s'évalue notamment en fonction de la personne ou de la position du requérant. Pour évaluer le droit d'accès, il convient notamment de distinguer les requérants suivants, compte tenu de la jurisprudence du Tribunal fédéral : 9

- La personne concernée qui demande à consulter les inscriptions la concernant (ci-après B) ;
- les parties à une procédure de poursuite ou de faillite déterminée, qui souhaitent consulter les dossiers de la procédure en question (ci-après C) ;
- les tiers qui, en dehors d'une procédure de poursuite ou de faillite, souhaitent obtenir des informations sur une personne, typiquement un débiteur (éventuellement potentiel) (ci-après D) ; ainsi que

- les autorités judiciaires et administratives qui souhaitent consulter des dossiers dans le cadre d'une procédure pendante devant elles (ci-après E).

B. Personne concernée

10 Toute personne a le droit de consulter toutes les données qui la concernent. Ce droit n'est soumis à aucune autre condition, à l'exception de la vérification préalable de l'identité et des frais de consultation du dossier. De cette manière, toute personne peut vérifier à tout moment et sans justification d'un intérêt particulier si des informations la concernant sont enregistrées et lesquelles. L'autodéclaration ne peut être limitée qu'en cas d'intérêts publics prépondérants ou d'intérêts de tiers.

C. Parties à la procédure

11 Les parties à une procédure de poursuite ou de faillite ont en principe le droit de consulter les procès-verbaux et les registres de la procédure concernée. Elles n'ont donc pas à justifier d'un intérêt supplémentaire, comme la personne concernée dans le cas d'une autodéclaration ; leur intérêt légitime découle directement de leur position de débiteur ou de créancier. Le créancier (potentiel) qui demande l'admission par le biais d'une action en collocation est également considéré comme un créancier dans la faillite.

12 Le but de la demande de consultation peut également se situer en dehors de la procédure d'exécution forcée concernée : ainsi, selon le Tribunal fédéral, la consultation doit également être accordée lorsqu'un créancier de la faillite a subi un dommage dans la faillite, indépendamment de sa position de créancier, et qu'il veut rassembler des preuves en consultant les dossiers de la faillite afin de réclamer la perte à un tiers. L'interdiction de l'abus de droit est toujours réservée.

D. Tiers

13 Ensuite, tout tiers qui rend vraisemblable un intérêt digne de protection, particulier et actuel, a le droit d'être informé. Contrairement à la personne concernée et aux parties à la procédure, les tiers ne peuvent pas déduire leur intérêt de leur position (dans la procédure), raison pour laquelle leur droit de consultation n'est pas donné a priori. L'office des poursuites ou des faillites requis doit plutôt mettre en balance l'intérêt des tiers à consulter la procédure

et l'intérêt de la personne concernée à garder le secret et, en fonction des intérêts concrets, accorder ou refuser le droit de regard dans une certaine mesure. A cet effet, il est demandé aux tiers requérants de prouver leur intérêt.

Selon l'al. 2, un intérêt est en principe considéré comme digne de protection lorsque la demande est en relation directe avec la conclusion ou l'exécution d'un contrat. Cette disposition a été introduite dans la loi dans le cadre de la révision de 1994 et a codifié la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle il existe un intérêt suffisant à consulter le dossier aussi bien en cas de relation contractuelle existante avec le débiteur qu'en cas de relation contractuelle envisagée. 14

Même à l'al. 2, le droit de regard n'est pas illimité. Il n'y a ici qu'une présomption légale d'un intérêt à consulter qui mérite d'être protégé - des intérêts prépondérants au maintien du secret sont envisageables. Ainsi, lors de la conclusion d'un contrat de travail, il n'y a souvent pas de lien entre la solvabilité de l'employé potentiel et la mise en danger des intérêts légitimes de l'employeur qui demande les informations, raison pour laquelle l'intérêt au secret de l'employé devrait en général prévaloir. Ensuite, des restrictions sont possibles en ce qui concerne l'étendue de la consultation du dossier. 15

Un intérêt juridiquement suffisant à la consultation sera typiquement donné dans les constellations suivantes : 16

- Il existe un litige entre le requérant et la personne concernée. Cette jurisprudence du Tribunal fédéral - jusqu'à présent constante - a toutefois été limitée dans des décisions récentes concernant les dossiers de faillite, les tribunaux s'appuyant sur des arguments différents : Selon la Cour suprême de Zurich, le droit de consultation prévu à l'art. 8a LP en cas de procès civil en cours est supplanté par les règles relatives à l'édition dans le CPC (art. 160 ss.). Et selon le Tribunal fédéral, il manque en tout cas un intérêt de consultation digne de protection lorsque le requérant n'est pas en même temps un créancier (potentiel) de la partie adverse.
- Pour consulter le registre des poursuites, il suffit d'avoir l'intention concrète d'intenter un procès contre la personne concernée - et ce même en dehors d'une relation contractuelle existante. En effet, le requérant a un intérêt légitime à vérifier la solvabilité de la partie adverse en raison des frais de justice encourus.

- Le requérant est garant ou co-responsable solidaire de la personne concernée.
- Dans le cas des époux, en raison de l'obligation de renseigner selon l'art. 170 CC - et ce, indépendamment du fait qu'ils vivent ensemble ou séparément.
- L'actionnaire requérant en vue de la procédure de faillite de la société en faillite.
- La personne concernée est un cohéritier du requérant. Le droit de regard des cohéritiers s'étend alors aux registres et procès-verbaux qui se rapportent à la période précédant le décès de la défunte.
- Le requérant envisage une revendication par un tiers des actions d'une société qui sont entrées dans la masse de la faillite. Son droit consiste à consulter les bilans et les comptes de résultats de la société en question.
- En cas de demande de consultation par les médias, tant que celle-ci se rapporte à un cas concret pour lequel il existe un certain intérêt public. En revanche, les "recherches de presse" générales, au sens de demandes de renseignements formulées de manière générale sur un grand nombre de débiteurs, ne sont pas suffisantes.
- Dans le cas d'un contrat (de vente) exécuté et donc conclu, dans la mesure où l'on peut s'attendre à des transactions ultérieures.
- En cas de demande de consultation par le créancier d'une société en nom collectif en faillite vis-à-vis des différents associés en nom collectif, car ces derniers sont personnellement responsables.

17 En revanche, il n'y a pas d'intérêt suffisant à consulter le dossier dans les situations suivantes :

- Lorsque le requérant n'est qu'en concurrence économique avec la personne concernée.
- En cas de simple curiosité.
- Lorsqu'il n'y a pas d'indices d'un contact commercial entre le requérant et la personne concernée.
- En cas de demandes de consultation non spécifiques de la part des médias.
- En cas d'intérêt simplement abstrait, par exemple pour collecter des données sur des débiteurs.

- Dans le cas de la partie défenderesse dans un procès en responsabilité soulevé par la masse en faillite, lorsque la partie défenderesse n'est pas créancière de la faillite et ne veut pas réclamer un dommage à un tiers.

E. Autorités judiciaires et administratives

Enfin, selon l'art. 8a al. 4 phrase 2 LP, les autorités judiciaires et administratives peuvent demander des extraits du dossier de poursuite et de faillite dans l'intérêt d'une procédure pendante devant elles. Mais là aussi, il faut qu'il y ait un intérêt digne de protection, celui-ci découlant généralement de la position particulière de l'autorité requérante. Ainsi, le Tribunal fédéral a également retenu "que les autorités judiciaires et administratives ont en principe un droit inconditionnel à l'obtention de renseignements concernant la situation de la personne exploitée, telle qu'elle ressort des livres et des registres". Il n'a pas été définitivement établi si la procédure en cours doit se rapporter à la personne concernée et si un intérêt digne de protection à la consultation du dossier est également envisageable en dehors d'une procédure en cours. 18

III. PREUVE DE L'INTÉRÊT

Il convient de distinguer la question de l'intérêt digne de protection à consulter le dossier de celle du degré de preuve et de la manière dont cet intérêt doit être démontré. Avant la révision de 1994, le requérant était tenu de prouver son intérêt. Les exigences posées à cette preuve étaient élevées : certes, le Tribunal fédéral, se référant aux textes de loi français et italien, admettait déjà à l'époque qu'il suffisait de rendre la chose vraisemblable, mais il exigeait en même temps que cette vraisemblance soit établie au moyen de documents. A cet égard, le Tribunal fédéral considérait en principe comme suffisants uniquement les documents émanant du débiteur potentiel ou signés par lui (p. ex. contrats de crédit signés, lettres de confirmation du débiteur), mais pas les justificatifs produits par le requérant lui-même (p. ex. factures et lettres [de rappel] du requérant). 19

Dans le cadre de la révision de 1994, le libellé de la loi a été adapté ; désormais, l'intérêt à consulter le dossier doit expressément et uniquement être rendu vraisemblable. L'art. 8a LP n'exige pas de preuve documentaire ou de rendre vraisemblable au moyen de documents. 20

21 Dans son arrêt 7B.229/2003, le Tribunal fédéral s'est prononcé comme suit sur cette nouvelle formulation de la loi : il a tout d'abord constaté que la révision visait uniquement à codifier la jurisprudence du Tribunal fédéral et que rien n'avait changé dans la situation juridique (consid. 4.1). Ensuite, le Tribunal fédéral a expliqué que la vraisemblance n'était pas liée à une forme particulière (consid. 4.2). Nonobstant cela, il a conclu - en accord avec sa jurisprudence antérieure - que la présentation de copies de factures ne suffisait pas non plus sous le nouvel art. 8a LP (consid. 4.3). En fin de compte, rien n'a changé.

22 Cette décision a fait l'objet de critiques justifiées de la part de la doctrine et de quelques tribunaux cantonaux. Bien que le souhait d'une réglementation claire et simple pour les offices des poursuites et des faillites soit compréhensible, les principes généraux relatifs à la vraisemblance devraient également s'appliquer à l'art. 8a LP. Un fait est considéré comme vraisemblable lorsque le tribunal, après un libre examen des allégations, parvient à la conclusion qu'il est vrai avec une certaine probabilité. Un fait est donc déjà rendu vraisemblable lorsque certains éléments parlent en faveur de son existence, même si le tribunal envisage encore la possibilité qu'il ne se soit pas réalisé.

23 Une offre de contrat non (encore) signée par la personne concernée ou un bon de commande non signé, de même que des factures adressées à la personne concernée peuvent, dans certains cas, suffire à rendre vraisemblable un intérêt digne de protection - pour autant qu'une crédibilité suffisante résulte de l'ensemble des circonstances. C'est précisément lors de l'exécution d'un contrat conclu oralement que le créancier est tributaire du fait que la présentation de factures l'autorise à les consulter, car le débiteur - contrairement à la situation avant la conclusion du contrat - ne sera guère disposé à demander et à présenter lui-même un extrait du registre des poursuites.

IV. OBJET, FORME ET ÉTENDUE DU DROIT DE REGARD

A. Objet

24 Contrairement au libellé de l'art. 8a al. 1 LP, le droit de consultation ne porte pas seulement sur les procès-verbaux et les registres, mais sur l'ensemble des actes et des pièces justificatives d'une procédure de poursuite ou de faillite.

Ainsi, dans la procédure de poursuite, le droit de consultation s'étend par exemple aux procès-verbaux de saisie et aux actes prouvant la revendication de la propriété par des tiers. Dans la procédure de faillite, tant les dossiers de la société, c'est-à-dire les dossiers de la société en faillite, que les dossiers de la procédure sont soumis au droit de consultation.

La correspondance commerciale, les éventuels procès-verbaux et rapports de révision ainsi que la comptabilité complète avec les pièces justificatives et les "autres documents importants", dont l'office des faillites est tenu d'assurer la garde, font partie des dossiers de la société (cf. art. 223 al. 2 LP). Parmi les actes de procédure consultables figurent le procès-verbal de faillite, l'état de collocation et l'état des charges, les procès-verbaux de réalisation des immeubles, les listes de répartition, l'inventaire, la liste des créances et les pièces justificatives (y compris celles des autres créanciers), les procès-verbaux des assemblées de créanciers et du comité des créanciers, les rapports de l'administration de la faillite et les décisions judiciaires de clôture et de révocation de la procédure de faillite. 25

La personne concernée peut en outre demander des informations sur la personne qui a demandé à consulter les dossiers la concernant et à quel moment. Toutefois, le droit fédéral ne prévoit pas de disposition obligeant l'office des poursuites à tenir un registre des renseignements fournis, raison pour laquelle une telle demande ne peut être acceptée que si les informations en question sont effectivement disponibles. 26

B. Forme

En plus du droit de consulter le dossier proprement dit, l'ayant droit a également le droit d'obtenir des extraits des procès-verbaux et des registres. Ce droit, incomparablement plus important dans la pratique, va en principe aussi loin que le droit de consultation. En d'autres termes, des copies des dossiers soumis au droit de consultation peuvent être demandées. Ce n'est qu'à titre exceptionnel qu'un office peut renvoyer le demandeur à une consultation personnelle, à savoir si cela lui évite des dépenses déraisonnables. Il n'existe en revanche aucun droit à la remise du dossier. 27

Selon la pratique des offices des poursuites, tant en cas d'auto-information qu'en cas de requête de tiers qui ne déposent pas de demande plus détaillée, les renseignements ne sont fournis que sommairement, sous la forme de ce 28

que l'on appelle un simple extrait du registre des poursuites. Celui-ci contient une liste de toutes les poursuites introduites au cours des cinq dernières années auprès de l'office des poursuites concerné contre la personne concernée, avec indication du nom du créancier poursuivant et d'un éventuel représentant, du montant de la créance, de la date ainsi que de l'état actuel de la poursuite.

29 L'extrait simple du registre des poursuites contient ensuite le nombre d'actes de défaut de biens issus de saisies recensés dans l'arrondissement de poursuite concerné et non encore remboursés au cours des 20 dernières années. Enfin, les ouvertures de faillite ainsi que la clôture des procédures de faillite annoncées à l'office des poursuites concerné au cours des cinq dernières années sont également mentionnées.

30 Les poursuites non visibles selon l'art. 8a al. 3 let. a-d ainsi que les poursuites dites silencieuses ne figurent pas dans l'extrait simple du registre des poursuites. Pour se faire une idée des poursuites silencieuses, ce qui peut être intéressant notamment pour la question de l'interruption de la prescription, il est plutôt nécessaire de consulter le registre des poursuites.

C. Portée

31 Si le requérant a rendu vraisemblable un intérêt digne de protection à consulter le dossier, cela ne signifie pas qu'il peut consulter sans restriction tous les dossiers de poursuite ou de faillite. En effet, l'étendue du droit de consultation se détermine toujours en fonction de l'intérêt existant dans le cas d'espèce. La décision relative au droit de consultation accordé dans un cas particulier se fonde toujours sur une pesée des intérêts entre l'intérêt du requérant à une information aussi complète que possible et l'intérêt de la personne concernée à la protection des données.

32 Il arrive souvent que les requérants ne soient intéressés que par un simple extrait du registre des poursuites. Dans ce cas, une limitation de l'étendue de la consultation n'entre a priori pas en ligne de compte. Il en va autrement dans la procédure de faillite : Ici se pose la question de savoir quels documents les créanciers peuvent consulter et lesquels ne le peuvent pas. Dans ce contexte, le Tribunal fédéral a établi que les créanciers de la faillite ont en principe le droit de consulter tous les documents de la faillite concernée. Ce n'est qu'à titre exceptionnel qu'il est admissible de refuser à un créancier en faillite la

consultation de certaines pièces du dossier, par exemple (a) lorsque le créancier demande à consulter le dossier pour des raisons qui n'ont rien à voir avec sa qualité de créancier, (b) lorsque la consultation n'a pas de but raisonnable, mais ne ferait qu'entraîner des démarches inutiles, ou (c) lorsque la communication d'une pièce déterminée du dossier s'oppose à des intérêts prépondérants de la personne concernée en matière de secret.

V. EXCLUSION DU DROIT DE CONSULTATION

A. Problématique

En Suisse, un (prétendu) créancier peut engager une procédure de poursuite sans devoir prouver l'existence de sa créance. Cette particularité du droit suisse de l'exécution permet d'une part de réaliser des économies substantielles, car il n'est pas nécessaire de faire constater par un tribunal toute créance, aussi claire soit-elle, avant de la faire exécuter. D'autre part, ce régime libéral recèle un certain potentiel d'abus, car des poursuites injustifiées peuvent être inscrites au registre des poursuites, qui peut être consulté par les tiers intéressés. En particulier, les poursuites contre lesquelles la personne concernée a formé opposition et obtenu ainsi la suspension (provisoire) de la poursuite continuent à figurer dans le registre des poursuites et à être visibles pour les tiers - même si la mention de l'opposition a été ajoutée. 33

Dans ce contexte, l'al. 3 de l'art. 8a LP prescrit que les offices des poursuites et des faillites ne peuvent pas, dans certains cas, donner connaissance d'une poursuite à des tiers. Ces inscriptions ne sont toutefois pas supprimées, mais simplement marquées d'une mention correspondante afin qu'elles ne soient plus communiquées à des tiers. Cette particularité est due à la fonction des procès-verbaux et des registres : celle-ci consiste en premier lieu à documenter l'activité des offices des poursuites et des faillites ; ils n'exercent leur rôle d'instrument de protection du crédit qu'en tant que fonction secondaire voulue par le législateur. En interne, tous les actes de poursuite et donc toutes les poursuites doivent donc rester documentés. Malgré cela, on parle souvent de "radiation" de manière peu technique. 34

B. Poursuites nulles ou annulées sur la base d'une plainte ou d'une décision judiciaire (art. 8a al. 3 let. a)

1. Poursuites nulles

35 Une poursuite est nulle lorsqu'elle a été introduite par abus de droit ou par erreur. La nullité doit être observée d'office et ne présuppose pas une constatation correspondante par l'autorité de surveillance. C'est pourquoi la nullité peut être invoquée aussi bien auprès de l'autorité de surveillance que directement auprès de l'office des poursuites ou des faillites. Comme l'office des poursuites est rarement en mesure de constater de lui-même la nullité d'une poursuite, l'entreprise contestera dans la pratique le commandement de payer par le biais d'une plainte de surveillance (art. 17 LP). A l'expiration du délai de recours, l'entreprise peut annoncer la nullité à l'autorité de surveillance au moyen d'un avis de surveillance (art. 22 al. 1 LP) et obtenir ainsi la constatation de la nullité.

36 La nullité ne peut être admise que dans des cas exceptionnels, notamment lorsqu'il est évident que le prétendu créancier poursuit par la poursuite des objectifs qui n'ont rien à voir avec l'exécution forcée. De tels objectifs sont poursuivis lorsqu'il s'agit simplement de nuire à la solvabilité du (prétendu) débiteur ou lorsqu'un montant totalement surévalué est mis en poursuite à des fins de harcèlement. Tant que le créancier vise effectivement par la poursuite le recouvrement d'une créance qu'il prétend, l'abus de droit est en principe exclu.

2. Poursuites annulées suite à une plainte en matière de droit des poursuites

37 Une poursuite contestée au moyen d'une plainte en matière de droit des poursuites (art. 17 LP) et annulée par l'autorité de surveillance ne peut plus non plus être portée à la connaissance de tiers. Contrairement à la nullité, il ne s'agit pas ici de poursuites engagées par abus de droit, mais de poursuites dans lesquelles la personne poursuivie a subi un préjudice en raison d'une décision contraire au droit ou inappropriée. Il n'y a pas de nullité lorsque le commandement de payer est délivré par un office des poursuites territorialement incompétent ; un tel commandement de payer peut uniquement faire l'objet d'un recours.

3. Poursuites annulées sur la base d'une décision judiciaire

Enfin, aucun droit de regard n'est accordé pour les poursuites qui ont été annulées par une décision judiciaire. Le Tribunal fédéral a précisé à cet égard que l'annulation de la poursuite ne doit pas nécessairement être ordonnée dans le dispositif de la décision judiciaire concernée. Il suffit qu'il ressorte sans autre de l'issue d'une procédure que la poursuite était injustifiée lors de son introduction. Il existe donc une décision judiciaire ayant pour objet l'annulation de la poursuite dans les cas suivants : 38

- Admission d'une requête selon l'art. 85 LP ou d'une action selon l'art. 85a LP : si la dette n'existe pas ou plus, la poursuite doit être annulée. L'annulation partielle de la poursuite est également autorisée ; dans ce cas, le droit de regard est réduit à la somme restante. En revanche, une suspension pour cause de sursis ne justifie pas une limitation du droit de regard.
- Admission d'une action (générale) en constatation négative selon l'art. 88 CPC. Suite à la nouvelle version de l'art. 85a LP dans le cadre de la révision de la LP en 2019, l'action en constatation générale selon l'art. 88 CPC ne devrait toutefois plus avoir qu'une faible importance pratique dans la procédure de poursuite.
- Admission d'une action en déchéance ou rejet d'une action en reconnaissance.

Le paiement de la dette sous-jacente n'est pas une raison suffisante pour refuser à des tiers l'accès à une poursuite donnée. Cette conséquence juridique, difficile à comprendre pour les profanes, est tout à fait justifiée : En effet, le non-paiement, même temporaire, d'une créance échue présente un intérêt certain pour les créanciers futurs, eu égard à la solvabilité d'un débiteur. 39

Une annulation judiciaire d'une poursuite ne conduit donc pas dans tous les cas à ce que la poursuite ne soit plus notifiée. Si le débiteur ne s'est acquitté de la dette à l'origine de la poursuite qu'après l'augmentation de la poursuite, il ne peut pas faire radier la poursuite en question par le biais de l'art. 85 LP ou de l'art. 85a LP. Si un débiteur paie directement à l'office des poursuites la créance mise en poursuite (cf. art. 12 al. 2 LP), la poursuite devient certes sans objet, mais continue à figurer sur l'extrait du registre des poursuites. Les voies de recours selon l'art. 85 LP et l'art. 85a LP n'entrent pas en ligne de compte, 40

faute d'intérêt à la protection juridique. Par conséquent, il doit en être de même lorsque l'exploitant verse directement au créancier ; bien que le débiteur puisse exiger l'annulation de la poursuite sur la base d'une prestation directe au créancier, cette poursuite devrait continuer à figurer dans le registre des poursuites.

41 Dans la pratique, il est donc fréquent de trouver des accords selon lesquels le débiteur paie la créance en cours, tandis que le créancier retire sa poursuite (en général après avoir reçu le paiement).

C. Obtenir gain de cause avec l'action en restitution (art. 8a al. 3 let. b)

42 Les tiers ne peuvent pas non plus consulter les poursuites pour lesquelles le débiteur a engagé avec succès une action en restitution (art. 86 LP).

D. Poursuite retirée (art. 8a al. 3 let. c)

43 Les informations ne doivent pas non plus être fournies sur les poursuites que le créancier a retirées. Les raisons du retrait ne jouent aucun rôle, pas plus que le moment du retrait, c'est-à-dire si celui-ci a eu lieu avant ou après le paiement de la dette. Il convient de préciser que le créancier n'est pas tenu (par la loi) de retirer sa poursuite après le paiement de la dette.

44 Un retrait est également possible en même temps que l'introduction de la poursuite. Dans ce cas, l'office des poursuites ne délivre pas de commandement de payer, raison pour laquelle la poursuite ne figure pas dans le registre des poursuites (poursuite dite silencieuse). Il n'est pas définitivement établi si de telles poursuites silencieuses ont un effet interruptif de la prescription.

E. Requête de non-communication de la poursuite acceptée (art. 8a al. 3 let. d)

1. Orientation de la révision 2019

45 Comme les poursuites mentionnées dans l'extrait du registre des poursuites peuvent entraîner de graves inconvénients pour la personne concernée, en particulier dans des conditions de marché étroites (p. ex. sur le marché du logement), des critiques ont été émises à plusieurs reprises ces dernières

années à l'encontre de la situation juridique désavantageuse pour les personnes poursuivies sans raison. Concrètement, les obstacles à franchir pour que les tiers ne puissent plus voir les poursuites injustifiées ont été critiqués comme étant trop élevés. En effet, avant la révision de 2019, la personne poursuivie (à tort) devait soit obtenir gain de cause dans le cadre d'une procédure judiciaire - typiquement coûteuse - (cf. art. 8a al. 3 let. a et b LP), soit espérer que le (prétendu) créancier se montre conciliant (art. 8a al. 3 let. c LP) s'il voulait faire supprimer une poursuite de l'extrait du registre des poursuites.

C'est dans ce contexte que, dans le cadre de la révision 2019, l'art. 8a al. 3 let. d LP a mis à la disposition des entreprises un nouvel instrument leur permettant de faire radier plus rapidement et à moindre coût de leur registre des poursuites les commandements de payer injustifiés. Selon le matériel législatif, étaient considérées comme injustifiées non seulement les poursuites vexatoires proprement dites, mais aussi, de manière générale, les poursuites portant sur des créances entièrement ou partiellement contestées, pour lesquelles le créancier présumé ne lève pas l'opposition. 46

Concrètement, l'art. 8a al. 3 let. d LP stipule désormais que les offices des poursuites ne donnent pas connaissance aux tiers des poursuites contre lesquelles une opposition a été formée si la personne poursuivie dépose une requête de non-communication et que le (prétendu) créancier ne prouve pas ensuite dans les 20 jours qu'il a engagé une procédure de levée de l'opposition. La LP prévoit ainsi désormais une procédure dans le cadre de laquelle des critères formels, notamment le comportement des parties, doivent permettre de conclure à la (non-)légitimité d'une poursuite, sans qu'un examen matériel de la créance ne soit effectué. 47

La justification d'une poursuite obtenue de cette manière ne constitue en aucun cas une appréciation définitive. L'examen matériel de la créance mise en poursuite et l'appréciation qui en découle pour savoir si la poursuite était justifiée sont effectués uniquement par les tribunaux compétents. 48

2. La procédure selon l'art. 8a al. 3 let. d LP

a. Champ d'application de l'art. 8a al. 3 let. d LP

Pour que la procédure de l'art. 8a al. 3 let. d LP soit applicable, l'exploitant doit avoir formé opposition. Cette restriction est justifiée par le fait qu'un 49

exploité qui ne fait pas opposition exprime ainsi que la poursuite est justifiée. Il doit en être de même lorsque le poursuivi retire l'opposition qu'il a formée.

50 Même si ce raisonnement devrait souvent s'appliquer, il faut tenir compte du fait que les profanes en matière juridique ne sont pas toujours en mesure d'évaluer correctement la portée de l'opposition pour la procédure de poursuite et peuvent, dans certaines circonstances, ne pas former d'opposition ou la retirer de manière irréfléchie. Certains poursuivants profitent de cette ignorance et exercent une pression supplémentaire sur les (prétendus) débiteurs pour qu'ils ne fassent pas opposition ou qu'ils retirent l'opposition déjà formée. On ne peut donc pas toujours déduire le bien-fondé de la poursuite d'une opposition omise ou retirée. Néanmoins, l'art. 8a al. 3 let. d LP dans sa version actuelle ne permet pas de ne pas communiquer la poursuite en cas de retrait ou d'omission de l'opposition.

51 Un problème similaire se pose avec les frais (d'encaissement) excessifs que l'on rencontre fréquemment dans la pratique. Les entreprises se voient ainsi incitées (à juste titre) à faire une opposition partielle à hauteur des frais, même lorsque les créances sont en principe justifiées. Seulement : une opposition partielle a, en vertu de l'art. 8a al. 3 let. d LP, le même effet qu'une opposition totalement omise et n'est donc pas utile à la personne exploitée. Ici aussi, l'art. 8a al. 3 let. d LP ne constitue qu'une solution partiellement satisfaisante.

52 L'art. 8a al. 3 let. d LP n'est pas non plus à la disposition du poursuivi s'il a payé la dette ou une partie de celle-ci. En cas de paiement à l'office des poursuites, celui-ci est de toute façon au courant. En revanche, si le paiement est effectué directement au créancier, il incombe à ce dernier d'en informer l'office des poursuites, pour autant qu'il ait intérêt à ce que la poursuite lui soit communiquée. Dans ce cas, il faut exiger du créancier qu'il rende crédible le paiement direct au moyen de documents - une simple affirmation ne suffit pas.

53 Si une demande antérieure de non-communication a été acceptée, mais que la créance a été payée par la suite, la poursuite doit être rendue à nouveau consultable - bien entendu avec la mention "payé". Il n'en va autrement que si la créance a déjà été payée avant l'introduction de la poursuite, car il s'agit dans ce cas d'une poursuite injustifiée.

b. Requête de la personne exploitée

Si l'exploité a formé opposition pour la totalité de la créance et qu'il n'a ensuite payé ni tout ni partie de la dette, il peut déposer une requête de non-communication trois mois après la notification du commandement de payer. Le délai de trois mois se calcule conformément à l'art. 31 LP en relation avec l'art. art. 142 al. 2 CPC. 54

La requête doit être adressée à l'office des poursuites. La personne poursuivie est libre d'utiliser le formulaire type mis à disposition à cet effet. Dans tous les cas, la requête doit indiquer la partie requérante, la poursuite concernée et, le cas échéant, la créance concernée d'une poursuite (si une poursuite comprend plusieurs créances) ainsi que le souhait que la poursuite concernée ne puisse plus être consultée par des tiers à l'avenir. La demande peut également être faite oralement. 55

Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, dont il sera question en détail plus loin, une requête de non-communication déposée après le délai d'un an prévu à l'art. 88 al. 2 LP doit être rejetée. Dans les faits, l'exploitant doit donc déposer sa demande au plus tard 20 jours avant l'expiration du délai d'un an prévu à l'art. 88 al. 2 LP, car le créancier présumé doit, selon le Tribunal fédéral, disposer de suffisamment de temps, c'est-à-dire (probablement) des 20 jours complets, pour "réagir". A cet égard, il n'est pas clair si l'entreprise doit en outre tenir compte du temps de traitement et de transmission de l'office des poursuites. 56

Le Tribunal fédéral justifie sa pratique essentiellement en se référant aux débats parlementaires, selon lesquels l'"inaction" du créancier après la notification du commandement de payer devrait constituer le critère essentiel pour faire droit à une requête de non-communication de la poursuite. Après l'expiration du délai de l'art. 88 al. 2 LP (et l'extinction de la poursuite), le créancier ne peut plus réagir. C'est pourquoi, dans ces circonstances, la procédure de l'art. 8a al. 3 let. d LP ne permet pas de distinguer les poursuites justifiées des poursuites injustifiées. A notre avis, cette justification n'est pas convaincante pour plusieurs raisons : 57

- L'argument selon lequel le (prétendu) créancier n'a plus de possibilité de réaction n'est pas pertinent, car il peut sans peine introduire une nouvelle poursuite pour la même créance et s'assurer ainsi qu'elle continuera ou réapparaîtra dans l'extrait du registre des poursuites du poursuivant. Si le

créancier est réellement intéressé à faire valoir sa créance, il devra engager une nouvelle poursuite après l'extinction de la poursuite. Dans ce cas, le débiteur se voit même confronté à deux poursuites pour la même créance, sans qu'il puisse, par une simple requête, faire en sorte que la poursuite caduque ne soit pas connue. Une épuration du registre des poursuites par voie d'action s'avère par contre longue et coûteuse.

- Au moment de la péremption de la poursuite, le créancier a en outre déjà eu environ un an pour engager une procédure de suppression de l'opposition. S'il ne le fait pas, on peut en conclure que la poursuite est injustifiée. Cette conséquence correspond également à l'idée du législateur selon laquelle les poursuites qui ne sont pas continuées sont considérées comme infondées.
- Ensuite, si la distinction entre les poursuites justifiées et injustifiées doit se fonder sur l'inaction du créancier, on ne voit pas pourquoi la fixation d'un délai au créancier pour prouver l'introduction (en temps utile) d'une procédure de suppression de l'opposition serait moins appropriée après l'expiration du délai prévu à l'art. 88 al. 2 LP qu'avant. Premièrement, en l'absence de preuve correspondante du créancier, l'office des poursuites ne sait souvent même pas, dans la pratique, si le délai prévu à l'art. 88 al. 2 LP a expiré. Deuxièmement, ce délai peut également expirer alors que le créancier n'est pas resté inactif. Et troisièmement, même après l'expiration du délai, le créancier peut encore engager une procédure en vue de la suppression de l'opposition, auquel cas la procédure n'a pas été engagée à temps (et n'a aucune chance d'aboutir sur le fond). Une preuve du créancier est donc également nécessaire pour pouvoir juger si le délai de l'art. 88 al. 2 LP a expiré et si une éventuelle procédure a été introduite à temps. En l'absence d'une telle preuve, la poursuite ne doit plus être communiquée sur la base de l'art. 8a al. 3 let. d LP. Il n'y a aucune raison d'évaluer différemment l'inaction du créancier avant et après l'expiration du délai prévu à l'art. 88 al. 2 LP. En effet, dans un cas comme dans l'autre, il est établi que le créancier est resté inactif (trop longtemps), ce qui satisfait au critère déterminant selon le Tribunal fédéral pour identifier les poursuites injustifiées.
- Le point de vue défendu par le Tribunal fédéral, selon lequel l'inaction du créancier n'entraîne la non-communication de la poursuite que si celui-ci a encore la possibilité de prouver l'ouverture d'une procédure (non vouée à

l'échec) dans les 20 jours suivant la sommation, ne s'appuie ni sur le texte de la loi ni sur les matériaux et contredit l'intention du législateur. Du point de vue de l'entreprise, il n'est pas évident que sa demande de non-communication soit protégée si le créancier a attendu 3 ou 11 mois à compter de la notification du commandement de payer avant d'engager une procédure, alors qu'elle ne l'est pas si le créancier est resté inactif pendant 12 mois.

C'est donc à juste titre qu'une demande de non-communication devrait être acceptée même après l'expiration du délai d'un an prévu à l'art. 88 al. 2 LP, si le créancier est resté inactif jusqu'à ce moment-là. La seule limite temporelle est plutôt l'art. 8a al. 4 LP : comme les poursuites ne figurent de toute façon plus sur l'extrait du registre des poursuites après cinq ans, le poursuivi n'a plus d'intérêt à déposer une demande de non-communication à partir de ce moment-là. 58

c. Avis au créancier par l'office des poursuites

Si, au moment de la réception de la requête de non-communication, l'office des poursuites sait que le créancier a déjà engagé une procédure en vue de la levée de l'opposition, il rejette la requête sans autre formalité. Si l'office n'a pas connaissance d'une telle procédure, il invite immédiatement le créancier à en apporter la preuve. Pour cette demande, l'Office utilise le formulaire "Avis au créancier concernant une demande de non-communication de poursuite" prévu à cet effet. 59

d. Preuve du créancier

A la suite de la demande de l'office des poursuites, le créancier dispose de 20 jours pour prouver qu'une procédure de levée de l'opposition a été engagée en temps utile. Si aucune communication du créancier ne lui parvient dans le délai imparti, l'office des poursuites accède à la demande de la personne poursuivie et ne porte plus la poursuite à la connaissance de tiers (ou ne la mentionne plus dans l'extrait du registre des poursuites). L'office informe le poursuivi de l'acceptation de sa demande. 60

La "procédure de mainlevée de l'opposition" comprend aussi bien l'action en reconnaissance de dette au sens de l'art. 79 LP qu'une procédure de mainlevée au sens des art. 80 ou 82 LP. L'art. 8a al. 3 let. d LP mentionne que l'une de ces procédures doit être "introduite" par le créancier. Le créancier 61

doit donc uniquement prouver l'introduction d'une telle procédure. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le créancier satisfait à cette exigence même s'il est débouté dans la procédure de mainlevée qu'il a engagée (c'est-à-dire si sa demande de mainlevée est rejetée ou s'il n'est pas entré en matière). Selon le Tribunal fédéral, le créancier prouve le "sérieux" de la poursuite en engageant une procédure de mainlevée de l'opposition, ce qui suffit pour continuer à publier la poursuite. En d'autres termes, si le créancier n'a pas engagé de procédure de levée d'opposition, la requête de non-communication de la personne poursuivie doit être acceptée ; en revanche, si le créancier a engagé une telle procédure et qu'il y a succombé, la requête de non-communication doit être rejetée.

62 A notre avis, la pratique du Tribunal fédéral n'est pas non plus convaincante dans ce contexte et a été critiquée à juste titre par la doctrine.

- Le Tribunal fédéral part déjà d'une prémisse erronée selon laquelle il s'agirait, sous l'art. 8a al. 3 let. d LP, de constater le "sérieux" d'une poursuite. Or, la question du "sérieux" d'un créancier qui engage des poursuites contre sa (prétendue) créance n'a jamais été abordée dans le processus législatif. Il s'agissait plutôt de distinguer, à l'aide de critères simples et formels, les poursuites injustifiées des poursuites justifiées.
- Il est vrai que l'action du créancier a été discutée lors des débats parlementaires en tant que point de départ de cette distinction et qu'elle a ensuite trouvé son expression dans le texte de loi. Le législateur a considéré que l'inaction du créancier pendant trois mois (et 20 jours) était un indice suffisant pour qu'une poursuite soit présumée injustifiée. Derrière cette évaluation se cache également la reconnaissance du fait qu'un commandement de payer avec opposition ne sert à rien au créancier et qu'il doit saisir le tribunal pour recouvrer sa créance. Mais si une poursuite est déjà considérée comme présumée injustifiée parce qu'elle n'a pas été soumise à un examen judiciaire en raison de l'inaction du créancier, cela doit être d'autant plus vrai pour une poursuite qui ne peut pas être poursuivie après examen judiciaire. Alors que le rejet d'une action en déchéance de droit prouve directement l'inexistence d'une créance (et entraîne la non-communication de la poursuite), il n'en va pas de même en cas d'échec dans la procédure de mainlevée (ou en cas de non-entrée en matière sur une action en déchéance de droit). Une défaite dans la procédure de mainlevée constitue néanmoins un indice que la poursuite

est injustifiée. Par conséquent, selon l'opinion défendue ici, il serait plus conforme au sens et au but de la disposition et aux valeurs du législateur de donner suite à une requête de non-communication de la poursuite même si le créancier n'a pas obtenu gain de cause dans la procédure de mainlevée.

- Dans ce cas, le créancier aurait toujours la possibilité de prouver, dans le délai de 20 jours, qu'il a engagé une nouvelle procédure pour supprimer l'opposition dans la poursuite concernée. Ce n'est que si le créancier parvient à apporter cette preuve qu'il y a une chance que l'opposition soit encore levée dans la poursuite en question. Et ce n'est que dans ces conditions qu'il se justifie de continuer à porter la poursuite à la connaissance de tiers. Dans le cas contraire, l'entreprise qui a défendu avec succès son opposition serait moins bien traitée que celle qui n'a pas encore dû défendre son opposition.
- Contrairement aux considérations du Tribunal fédéral, le libellé de l'art. 8a al. 3 let. d LP ne s'oppose pas non plus à une pratique plus libérale : l'introduction de la procédure mentionnée dans la loi n'est que le point de rattachement temporel qui détermine à partir de quand une demande de non-communication doit être rejetée. En effet, si le législateur s'était plutôt basé sur le moment de la levée de l'opposition - qui est en fait pertinent pour la distinction entre les poursuites injustifiées et les poursuites justifiées -, la personne poursuivie aurait pu demander la non-communication de la poursuite concernée pendant la procédure de levée de l'opposition - ce qui aurait dilué la valeur informative de l'extrait du registre des poursuites. Pour les raisons susmentionnées, il ne faut toutefois pas en conclure qu'en vertu de l'art. 8a al. 3 let. d LP, la simple introduction d'une procédure correspondante est suffisante dans tous les cas.

Malgré les critiques de la doctrine, il ne faut pas s'attendre à ce que le Tribunal fédéral revienne dans un avenir proche sur sa jurisprudence (publiée officiellement). Jusqu'à nouvel ordre, l'introduction d'une procédure de mainlevée par le créancier présumé est donc suffisante - indépendamment de l'issue de la procédure. L'ouverture d'une procédure de conciliation devrait également être suffisante au vu de cette pratique, même si le créancier laisse ensuite expirer l'autorisation d'agir en justice en n'introduisant pas l'action dans les trois mois. 63

64 En revanche, si une requête de conciliation est retirée en cas de défaut du demandeur à l'audience de conciliation, le délai de trois mois prévu à l'art. 8a al. 3 let. d LP doit, selon la pratique cantonale, recommencer à courir à partir du classement de la procédure de conciliation. Le créancier est libre de déposer une deuxième requête de conciliation, pour autant qu'il ait retiré la première en émettant une réserve correspondante de réintroduction. Dans ce cas, la nouvelle demande de conciliation ouvre à nouveau une procédure de suppression de l'opposition.

65 Si le créancier veut apporter la preuve de l'introduction en temps utile de la procédure en se référant à une action en reconnaissance au sens de l'art. 79 LP, il convient de tenir compte de ce qui suit : Il n'y a action en reconnaissance que si, outre la réquisition de paiement, une requête en mainlevée de l'opposition est déposée dans une poursuite déterminée. Une action en reconnaissance ou une requête de conciliation n'ouvre donc une "procédure de levée d'opposition" que si le créancier a expressément demandé la levée de l'opposition. Il ne faut faire une exception à ce principe que si le créancier ne peut pas demander la mainlevée de l'opposition - par exemple parce qu'il doit poursuivre la créance mise en poursuite devant un tribunal étranger ou un tribunal arbitral. De même, il n'est pas possible d'exiger du créancier qu'il dépose une requête de mainlevée de l'opposition s'il a introduit la demande avant l'augmentation de la poursuite ou avant l'introduction de l'opposition et qu'une modification de la demande n'est plus (ou pas encore) autorisée par la procédure civile.

66 La preuve de l'introduction en temps utile d'une procédure de mainlevée de l'opposition peut notamment résulter d'un avis de dépôt postal ou d'un accusé de réception de la requête de mainlevée ou de l'action en reconnaissance de dette. Si le créancier envoie une telle preuve à l'office, la poursuite continue ou reprend d'être portée à la connaissance des tiers. Si la communication par le créancier a lieu pendant le délai de 20 jours, elle entraîne en outre le rejet de la demande de la personne poursuivie.

3. Initiatives parlementaires en réponse à la jurisprudence du Tribunal fédéral

67 Comme nous l'avons déjà mentionné, les deux arrêts du Tribunal fédéral selon lesquels les demandes de non-communication doivent être rejetées lorsque le délai prévu à l'art. 88 al. 2 LP est échu ou que le créancier a succombé dans la

procédure de mainlevée ont suscité des critiques (justifiées) dans la doctrine. Au vu de l'interprétation restrictive de l'art. 8a al. 3 let. d LP par le Tribunal fédéral, il n'est guère surprenant que le législateur ait réagi promptement : En réponse aux deux arrêts, la commission juridique du Conseil national a décidé en janvier 2022 de déposer deux initiatives parlementaires visant à les corriger (initiatives parlementaires 22.400 et 22.401). Il s'agit ainsi de préciser dans le texte de loi qu'une demande de non-communication doit être acceptée même si le délai prévu à l'art. 88 al. 2 LP est échu ou s'il n'est pas entré en matière sur la demande du créancier de lever l'opposition ou si sa demande est définitivement rejetée. La commission juridique du Conseil des Etats a donné suite aux deux initiatives et la commission juridique du Conseil national est actuellement en train d'élaborer un projet.

VI. LIMITES TEMPORELLES

Le droit de regard des tiers s'éteint cinq ans après la clôture de la procédure (art. 8a al. 4 LP). Est considérée comme close non seulement une poursuite formellement terminée, mais aussi toute poursuite qui ne peut pas être continuée par une requête ordinaire du créancier. Le texte de loi indique clairement que cette limite temporelle concerne uniquement le droit de consultation des "tiers". Le droit de consultation des anciennes parties à la procédure de poursuite ou de faillite clôturée n'est pas affecté, pas plus que celui des autorités et de la personne concernée elle-même. Le droit de consultation de cette dernière peut être limité uniquement par le fait que les dossiers demandés n'existent plus. 68

Un délai particulier s'applique également aux actes de défaut de biens ouverts : Il résulte de la possibilité de radiation des actes de défaut de biens selon l'art. 149a LP que le droit de consultation des tiers subsiste jusqu'au moment de la radiation. 69

VII. FRAIS

Les coûts des différents actes administratifs sont réglés dans l'ordonnance sur les émoluments perçus en application de la LP (OEmol LP). Il convient de noter les particularités suivantes : 70

- Conformément à l'art. 12b OEmol, l'émolument pour la requête de non-communication selon l'art. 8a al. 3 let. d LP s'élève à un montant forfaitaire

de CHF 40. Ces frais sont à la charge du requérant - et ce indépendamment du sort de la requête ou de la poursuite concernée. L'office requis peut faire dépendre le traitement de la demande de l'avance des 40 CHF.

- Pour les personnes impliquées dans une procédure de poursuite ou de faillite, la consultation du dossier est gratuite.
- Les renseignements fournis aux autorités judiciaires et administratives sont également payants, à moins que le droit fédéral ne prévoie une exception (cf. art. 12a al. 3 OMP LP).

VIII. RECOURS

71 Si un créancier requérant se voit refuser l'accès, il peut contester la décision par un recours selon l'art. 17 LP. Les décisions des dernières instances cantonales peuvent faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral, conformément à l'art. 72 al. 2 let. a LTF. En revanche, le créancier n'a pas la qualité pour recourir si la personne qu'il poursuit a obtenu avec succès la non-communication de la poursuite conformément à l'art. 8a al. 3 let. d LP. En effet, le créancier n'est pas partie à la procédure de non-dénonciation de la poursuite et il n'a pas non plus un droit à ce que sa poursuite figure dans le registre des poursuites.

72 Le poursuivi, quant à lui, peut contester une décision négative concernant sa requête de non-communication d'une poursuite en déposant une plainte selon l'art. 17 LP. En revanche, il ne dispose d'aucun moyen de recours contre une consultation accordée à tort. Il manque ici un but pratique à la procédure, car l'information donnée à tort ne peut pas être annulée. Une responsabilité de l'Etat selon l'art. 5 LP entre éventuellement en ligne de compte.

BIBLIOGRAPHIE

Arve Kristin/Talbot Philip, Zur Klage nach Art. 85a SchKG, ZZZ 2021, S. 766 ff.

Bangert Jan, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl. Basel 2021 (zit. BSK SchKG-Bangert).

Bernauer Christof, Der neue Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG in der Praxis, AJP 2019, S. 697 ff. (zit. Bernauer, AJP 2019).

Bernauer Christof, Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 5A_656/2019 vom 22. Juni 2020 (zur Publikation vorgesehen), A. gegen B. GmbH, Nichtbekanntgabe einer Betreibung an Dritte, AJP 2020, S. 1214 ff. (zit. Bernauer, AJP 2020).

Bernauer Christof, Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 5A_927/2020 vom 23. August 2021 (zur Publikation vorgesehen), A. gegen B. GmbH, Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon und Bundesamt für Justiz, Dienst Oberaufsicht SchKG, Nichtbekanntgabe einer Betreibung an Dritte, AJP 2021, S. 1534 ff. (zit. Bernauer, AJP 2021).

Bessenich Balthasar/Fink Stefan, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl. Basel 2021 (zit. BSK SchKG-Bessenich/Fink).

Brönnimann Jürgen, Verstärkter Schutz vor ungerechtfertigten Betreibungen und ihren Auswirkungen. Zu den Änderungen von Art. 8a, Art. 73 und Art. 85a SchKG, in: Markus Alexander R./Hrubesch-Millauer Stephanie/Rodriguez Rodrigo (Hrsg.), Zivilprozess und Vollstreckung national und international – Schnittstellen und Vergleiche, Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz, Bern 2018, S. 391 ff.

Camponovo Rico A./Marenco Tiziana, Das Recht auf Akteneinsicht und Auskunft im Konkurs- und Nachlassverfahren, Schweizer Treuhänder 6/95, S. 485 ff.

Carr Philip, Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_298/2021 vom 8. November 2022 (zur Publikation vorgesehen), Unterbrechung der Verjährung einer Fremdwährungsforderung durch Klage in Schweizer Franken, AJP 2023, S. 514 ff.

Cometta Flavio/Möckli Urs, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl. Basel 2021 (zit. BSK SchKG-Cometta/Möckli).

Exner Christian, Rechtsbehelfe des Betriebenen bei ungerechtfertigten Betreibungen, in: Breitschmid Peter/Jent-Sørensen Ingrid/Schmid Hans/Sogo

Miguel (Hrsg.), Tatsachen – Verfahren – Vollstreckung, Festschrift für Isaak Meier, Zürich 2015, S. 139 ff.

Germann Philippe, Premières expériences avec les nouvelles dispositions, JdT 2021 II, S. 33 ff.

Hunkeler Daniel/Wuffli Daniel, Verjährungsunterbrechung durch «stille Betreibung»?, in: Jusletter 11. September 2017.

Kenel Luca, Gläubigerinformation im Aktienrecht, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 352, Diss. Zürich 2021.

Krampf Michael, Wenige Gesuch um Löschung, plädoyer 5/19, S. 13 ff.

Kren Kostkiewicz Jolanta, Orell Füssli Kommentar (OFK), SchKG Kommentar, 20. Aufl., Zürich 2020.

Marchand Sylvain, Non-divulgation d'une poursuite: effet du paiement de la dette après la notification du commandement de payer, SJ 2022, S. 114 f.

Möckli Urs, in: Hunkeler Daniel (Hrsg.), Kurzkommentar SchKG, 2. Aufl., Basel 2014. (zit. KUKO SchKG-Möckli).

Muster Eric, Les renseignements (article 8a LP), BlSchK 2014, S. 161 ff.

Peter James T., Recht zum Ausschluss des Einsichtsrechts gestützt auf Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG, ZZZ 2022, S. 103 ff. (zit. Peter).

Peter James T., in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl. Basel 2021 (zit. BSK SchKG-Peter).

Rodriguez Rodrigo/Gubler Patrik, Die Abwehr von Betreibungsregistereinträgen ab dem 1. Januar 2019, ZBJV 2019, S. 12 ff.

Schmid Jean-Daniel, Die Löschung der Betreibung im Betreibungsregister nach erfolgtem Rückzug (Art. 8a Abs. 3 lit. c SchKG), AJP 2015, S. 610 ff.

Staehelin Daniel, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl. Basel 2021. (zit. BSK SchKG-Staehelin).

Staehelin Daniel, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Schulthess Kommentar zur Schweizerischen

Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. SK-Staehelin).

Stoffel Walter/Chabloz Isabelle, Voies d'exécution, 3e édition, Berne 2016.

Terekhov Artur, Neuerung im Betreibungsregisterrecht - von den diversen Schwachstellen des Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG, ZZZ 2019, S. 223 ff.

Vock Dominik, in: Hunkeler Daniel (Hrsg.), Kurzkommentar SchKG, 2. Aufl., Basel 2014. (zit. KUKO SchKG-Möckli).

Vonder Mühll Georges, Betreibungsregisterauskünfte, BlSchK 2007, S. 169 ff.

Waldburger Martin, Die Aufbereitung komplexer und weit zurückliegender Sachverhalte bei Verantwortlichkeitsprozessen, in: Rolf Sethe/Peter R. Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht X, Zürich 2020, S. 41 ff.

Weingart Denise, in: Kren Kostkiewicz Jolanta, Vock Dominik (Hrsg.), Schulthess Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, 4. Aufl., Zürich 2017. (zit. SK-Weingart).

Wenninger Schmid Renate/Schmid Ernst, Einsichtsrecht in die Konkursakten nach Art. 8a SchKG, ZZZ 2016, S. 105 ff.

Wildhaber Isabelle/Dede Sevda, Obligationenrecht, Die Verjährung Art. 127-142 OR, Berner Kommentar, Bern 2021. (zit. BK OR-Wildhaber/Dede).

MATÉRIAUX

Amtsbericht des Obergerichts an den Kantonsrat Schaffhausen 2010 (zit. AB SH 2010), abrufbar unter https://sh.ch/CMS/get/file/0799aaef-054f-4797-8c0d-827d0dc31260, besucht am 7.8.2023.

Amtsbericht des Obergerichts an den Kantonsrat Schaffhausen 2021 (zit. AB SH 2021), abrufbar unter https://sh.ch/CMS/get/file/74826088-d524-4eae-b4a7-2606134b7979, besucht am 7.8.2023.

Amtliches Bulletin des Ständerats, Herbstsession 2016, S. 759 ff. (zit. AB SR 2016)

Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates zur Parlamentarischen Initiative «Löschung ungerechtfertigter Zahlungsbefehle» vom 19. Februar 2015, BBl 2015 S. 3209 ff., abrufbar unter https://

www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2015/692/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2015-692-de-pdf-a.pdf, besucht am 7.8.2023.

Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens zur Parlamentarische Initiative «Abate – Löschung ungerechtfertigter Zahlungsbefehle» vom Januar 2014, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/6013/72/cons_1/doc_6/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-dl-proj-6013-72-cons_1-doc_6-de-pdf-a.pdf, besucht am 7.8.2023.

Botschaft über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) vom 8.5.1991, BBl 1991 III 1, S. 1 ff., abrufbar unter https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/10051897.pdf?id=10051897&action=open, besucht am 7.8.2023).

Kreisschreiben Nr. A 1 der Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkurssachen des Kantons Bern (zit. KS AB SchKG BE Nr. A 1), abrufbar unter https://www.zsg.justice.be.ch/de/start/dienstleistungen/kreisschreiben-musterformulare.html, besucht am 7.8.2023.

Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug, Buch 2019 (zit. GVP 2019), abrufbar unter https://www.zg.ch/behoerden/staatskanzlei/kanzlei/gvp/buch-gvp-2019, besucht am 7.8.2023.

Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug, Buch 2021 (zit. GVP 2021), abrufbar unter https://www.zg.ch/behoerden/staatskanzlei/kanzlei/gvp/buch-gvp-2021, besucht am 7.8.2023.

Medienmitteilung der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 14.1.2022, abrufbar unter https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-rk-n-2022-01-14.aspx, besucht am 7.8.2023.

Solothurnische Gerichtspraxis (SOG), abrufbar unter https://so.ch/gerichte/informationen/rechtsprechung/, besucht am 7.8.2023.

Stellungnahme des Bundesrats vom 1.7.2015 zum Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 19.2.2015, BBl 2015 S. 5785 ff. (zit. Stellungnahme BR 2015), abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2015/1322/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2015-1322-de-pdf-a.pdf, besucht am 7.8.2023

Weisung der Dienststelle Oberaufsicht für Schuldbetreibung und Konkurs Nr. 4 (Betreibungsauszug 2016) des Bundesamts für Justiz (zit. Weisung Nr. 4).

Weisung der Dienststelle Oberaufsicht für Schuldbetreibung und Konkurs Nr. 5 (neuer Art. 8a Abs. 3 Bst. d SchKG) vom 18.10.2018, ergänzt am 19.10.2021, des Bundesamts für Justiz (zit. Weisung Nr. 5).

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 106-109 LP

Un commentaire de Christoph Mettler

PROPOSITION DE CITATION

Christoph Mettler, Kommentierung zu Art. 106-109 SchKG, in: Heinzmann Michel/Pasquier Bruno (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs

Citation abrégée: OK-Mettler, N. XXX zu Art. 106-109 SchKG.

E. Prétentions de tiers (revendication)

1. Mention et communication

Art. 106

[1] Lorsqu'il est allégué qu'un tiers a sur le bien saisi un droit de propriété, de gage ou un autre droit qui s'oppose à la saisie ou qui doit être pris en considération dans la suite de la procédure d'exécution, l'office des poursuites mentionne la prétention du tiers dans le procès-verbal de saisie ou en informe les parties si la communication du procès-verbal a déjà eu lieu.

[2] Le tiers peut annoncer sa prétention tant que le produit de la réalisation du bien saisi n'est pas distribué.

[3] Après la réalisation, le tiers peut faire valoir, en dehors de la procédure de poursuite, les prétentions fondées sur le droit civil en cas de vol, de perte ou de dessaisissement d'une chose mobilière (art. 934 et 935 CC) ou encore d'acquisition de mauvaise foi (art. 936, 974, al. 3, CC). La vente de gré à gré faite conformément à l'art. 130 de la présente loi est assimilée à une vente aux enchères publiques au sens de l'art. 934, al. 2, CC.

2. Procédure ultérieure

a. En cas de possession exclusive du débiteur

Art. 107

[1] Le débiteur et le créancier peuvent contester la prétention du tiers devant l'office des poursuites lorsque celle-ci a pour objet:

un bien meuble qui se trouve en la possession exclusive du débiteur;
une créance ou un autre droit et que la prétention du débiteur paraît mieux fondée que celle du tiers;
un immeuble et que la prétention ne résulte pas du registre foncier.

[2] L'office des poursuites leur assigne un délai de dix jours à cet effet.

[3] À la demande du débiteur ou du créancier, le tiers est invité à présenter ses moyens de preuve à l'office des poursuites avant l'expiration du délai d'opposition. L'art. 73, al. 2, s'applique par analogie.

[4] Si la prétention n'est pas contestée, elle est réputée admise dans la poursuite en question.

[5] Si la prétention est contestée, l'office des poursuites assigne un délai de 20 jours au tiers pour ouvrir action en constatation de son droit contre celui qui le conteste. Si le tiers n'ouvre pas action, sa prétention n'est pas prise en considération dans la poursuite en question.

b. En cas de possession ou de copossession du tiers

Art. 108

[1] Le créancier et le débiteur peuvent ouvrir action contre le tiers en contestation de sa prétention lorsqu'elle a pour objet:

un bien meuble qui se trouve en possession ou copossession du tiers;

une créance ou un autre droit et que la prétention du tiers paraît mieux fondée que celle du débiteur;
un immeuble et que la prétention du tiers résulte du registre foncier.

[2] L'office des poursuites leur assigne un délai de 20 jours à cet effet.

[3] Si aucune action n'a été introduite, la prétention est réputée admise dans la poursuite en question.

[4] À la demande du créancier ou du débiteur, le tiers est invité à présenter ses moyens de preuve à l'office des poursuites avant l'expiration du délai pour ouvrir action. L'art. 73, al. 2, s'applique par analogie.

c. For

Art. 109

[1] Sont intentées au for de la poursuite:

les actions fondées sur l'art. 107, al. 5;
les actions fondées sur l'art. 108, al. 1, lorsque le défendeur est domicilié à l'étranger.

[2] Lorsque l'action fondée sur l'art. 108, al. 1, est dirigée contre un défendeur domicilié en Suisse, elle est intentée au domicile de ce dernier.

[3] Le for des actions relatives aux droits sur un immeuble est, dans tous les cas, au lieu de situation de l'immeuble ou de la partie de l'immeuble qui a la valeur la plus élevée.

[4] Le juge avise l'office des poursuites de l'introduction de l'action et du jugement définitif. ...[227]

[5] En tant qu'elle concerne les objets litigieux, la poursuite est suspendue jusqu'au jugement définitif et les délais pour requérir la réalisation (art. 116) ne courent pas.

TABLE DES MATIÈRES

I. Art. 106 LP 50
A. Champ d'application de la procédure d'opposition 50
B. Fondements 50
C. Al. 1 : Champ d'application de la procédure d'opposition 51
1. Biens saisis 51
2. Meilleur droit revendiqué 52
3. Déclaration de la prétention 54
4. Procédure de l'office des poursuites 54
D. Al. 2 : Annonce en temps utile 55
E. Al. 3 : Droits de poursuite de la personne mieux autorisée 55
II. Art. 107 / 108 LP 56
A. Contexte de la répartition des rôles des parties 56
B. Déroulement de la procédure selon l'art. 107 LP 56
C. Déroulement de la procédure selon l'art. 108 LP 57
D. Critères de répartition des rôles des parties 57
1. La garde des choses 57
2. Légitimité probable de la créance 58
3. Les immeubles : Inscription au registre foncier 59
4. Divergence en cas de recours ? 59
5. Garde d'un tiers 60
6. Moment déterminant 60
E. Recours contre la répartition des rôles des parties 60
F. Fixation du délai 61
III. Art. 109 LP 61
A. Classification procédurale de l'action en opposition 61
B. Conditions de procédure 63
1. Compétence territoriale 63
a. Relation interne 63
b. Situation internationale 63
2. Compétence matérielle 64
3. Respect des délais 64
4. Procédure de poursuite ou de séquestre pendante 66
5. Demande valable 66
C. Questions particulières 67
1. Effets de l'action sur la procédure de saisie 67
2. Convention d'élection de for 67
3. Arbitrabilité de l'action sur opposition 67
4. Requête en justice 68
5. Valeur litigieuse 69
6. Charge de la preuve 69

7. Coopération en matière de litiges 71
8. Dénonciation du litige 71
9. Effet du jugement 71
Bibliographie 72

I. ART. 106 LP

A. Champ d'application de la procédure d'opposition

1 La procédure d'opposition permet de déterminer si un tiers (demandeur) dispose d'un droit supérieur (p. ex. propriété, droit de gage) sur un bien qui doit être réalisé en faveur du créancier dans le cadre de l'exécution forcée contre le débiteur. La procédure d'opposition doit donc répondre à des questions (préliminaires) de droit matériel qui ont une incidence sur l'exécution forcée.

2 La procédure d'opposition ne s'applique pas seulement à la poursuite par voie de saisie, mais aussi au séquestre (art. 275 LP), à la poursuite en réalisation de gage (art. 155 LP), à la rétention de loyer au sens de l'art. 283 LP ainsi qu'à la constatation de nouveaux biens au sens de l'art. 265a LP. Lorsqu'un droit réel limité sur un immeuble est invoqué, l'action en apurement des charges selon l'art. 140 LP remplit la fonction de l'action en opposition. Le présent commentaire s'oriente sur le cas général, c'est-à-dire sur la saisie selon les art. 89 ss. LP, mais s'applique en principe aussi aux autres procédures.

3 Dans la faillite, il n'existe pas d'équivalent à la procédure d'opposition, raison pour laquelle les litiges sont réglés dans des procédures différentes. Pour une revendication de la propriété de biens mobiliers par un tiers, l'action en admiration et en distraction selon les art. 242 à 243 LP remplit la fonction de l'action en opposition. Si l'appelant fait valoir un droit réel limité (p. ex. un droit de gage) sur des biens de la masse en faillite, la décision doit être prise dans le cadre de la procédure de collocation. Si le demandeur fait valoir qu'il est le créancier d'une créance et non la masse en faillite, la décision doit être prise dans le cadre d'une procédure civile ordinaire (litige sur la prétention).

B. Fondements

4 La créancière cherche à obtenir le plus rapidement possible le paiement forcé de sa créance. Si cela n'est pas nécessaire, il n'a aucun intérêt à engager un débat long et coûteux avec la partie demanderesse sur ses droits sur un bien saisi. Cette réflexion est également à la base de la conception du législateur : dans la mesure du possible, il ne doit pas y avoir d'action en opposition. Conformément à l'art. 95 al. 3 LP, l'office des poursuites ne saisit les biens de

tiers qu'en dernier lieu. Si un ou plusieurs requérants annoncent des droits sur différents biens, l'office des poursuites doit d'abord saisir les biens pour lesquels la revendication semble la moins probable et en dernier lieu ceux pour lesquels la revendication semble la plus probable.

L'office des poursuites doit cependant saisir tout ce que le créancier désigne comme appartenant au débiteur et qui paraît nécessaire pour le désintéresser (cf. art. 97 al. 2 LP). En d'autres termes, la saisie n'est inadmissible que si la valeur patrimoniale n'appartient manifestement pas au débiteur (et ce, même pas économiquement). Ce n'est que dans ce cas que l'office des poursuites peut renoncer à la saisie, car celle-ci serait alors contestable, voire nulle. Si l'office des poursuites refuse de saisir la valeur patrimoniale ou d'engager la procédure d'opposition, une plainte doit être déposée conformément aux articles 17 et suivants LP. Le créancier et le débiteur peuvent ainsi forcer la procédure d'opposition. 5

C. Al. 1 : Champ d'application de la procédure d'opposition

L'alinéa 1 est la disposition centrale de l'article 106 LP. Il règle le champ d'application de la procédure d'opposition et la procédure de l'office des poursuites. La procédure est engagée lorsque l'opposant fait valoir de meilleurs droits sur le bien saisi. 6

1. Biens saisis

Le libellé de l'art. 106, al. 1, LP est trop restrictif. Il ne s'agit pas seulement d'objets, c'est-à-dire de biens mobiliers (y compris les papiers-valeurs), mais aussi de : 7

- des immeubles (sachant que seule la revendication de propriété est réglée dans la procédure d'opposition ; les droits réels limités sont clarifiés dans la procédure d'apurement des charges selon l'art. 140 LP) ;
- les créances, par exemple les droits de préemption, de rachat ou d'achat (ceux-ci étant à nouveau examinés dans la procédure d'apurement des charges en ce qui concerne les immeubles), les droits d'assurance, les parts d'héritage ou les actions non titrisées ;
- les titres intermédiés ;
- Droits de propriété intellectuelle ;

- les cryptomonnaies.

8 En bref, tout ce qui est saisi peut également faire l'objet d'une tierce intervention. Si des droits supérieurs sont revendiqués sur un bien insaisissable, ce droit doit être tranché dans le cadre d'une procédure civile ordinaire (par exemple, une action en revendication).

2. Meilleur droit revendiqué

9 Le meilleur droit est un droit qui exclut ou repousse la saisie, c'est-à-dire un droit dont il faut tenir compte lors de la réalisation et de la répartition. Celui-ci peut également être soumis au droit (réel) d'autrui.

10 En règle générale, le demandeur fera valoir qu'il est propriétaire (ou copropriétaire ou propriétaire commun) de l'objet saisi. La manière dont le droit de propriété a été acquis est régie par le droit matériel. Tous les modes d'acquisition sont envisageables, c'est-à-dire l'acquisition originaire ou dérivée. La demanderesse peut notamment faire valoir que le débiteur a acquis le bien pour elle et que la propriété lui a été transférée conformément à l'art. 401 al. 3 CO. De même, la demanderesse peut s'appuyer sur une réserve de propriété au sens de l'art. 715 CC.

11 En outre, la demanderesse peut faire valoir des droits réels limités sur le bien mobilier saisi ou sur la créance saisie. Concrètement, il s'agit des droits suivants :

- Droit de gage au sens des art. 884 ss. CC (cas le plus fréquent) ;
- Droit réel de rétention selon l'art. 712 CC, l'art. 895 CC, l'art. 268 ss. ou l'art. 299c CO ;
- l'usufruit.

12 En outre, la partie demanderesse peut également se contenter d'annoncer le meilleur rang d'un droit réel limité. D'autres droits pouvant s'opposer à la saisie sont prévus par le droit de la famille (p. ex. art. 68e LP).

13 En revanche, il n'y a pas lieu d'engager une procédure d'opposition pour les demandes suivantes :

- Lorsque le demandeur fait valoir un droit obligatoire (p. ex. un transfert de propriété) : faute d'effet réel, un tel droit n'est pas pris en compte dans la procédure de réalisation. Il en va autrement lorsqu'un immeuble a fait

l'objet d'une annotation avant la saisie, conformément à l'art. 960 s. CC. CC a été effectuée.

- Si le tiers débiteur conteste l'existence de la créance saisie (par exemple parce que celle-ci a disparu par compensation). La créance doit alors être saisie en tant que créance contestée. La doctrine en déduit qu'il n'y a pas non plus de procédure d'opposition si la partie demanderesse déclare des droits sur cette créance contestée : Dans ce cas, l'acquéreur de la créance contestée doit d'abord clarifier, dans le cadre d'un conflit de prétention avec la demanderesse, qui est le créancier de la créance contestée et ensuite intenter une action en exécution contre le tiers débiteur. Cette exception contraire au système est justifiée par des considérations de praticabilité. Comme une créance contestée n'a généralement qu'une faible valeur, il ne vaudrait pas la peine de mener une procédure d'opposition. Ce point de vue doit être rejeté. On ne voit pas pourquoi, en raison de la valeur éventuellement faible de la créance, il ne faudrait pas décider dans le cadre de la procédure d'opposition (mais dans le cadre du litige sur la prétention) qui est le créancier de la créance contestée. Pour cette raison, il ne faut pas non plus procéder de la même manière simplement parce que le tiers débiteur ne semble pas solvable, ce qui est également partiellement défendu.
- Si, dans le cadre d'une saisie sur salaire, la qualité de créancier du débiteur est contestée (en raison d'une cession de salaire) : La créance doit alors être saisie comme étant contestée.
- Le droit de gage du créancier poursuivant la réalisation du gage ne peut pas être contesté par un autre créancier (non poursuivant), même si ce dernier ou d'autres tiers peuvent eux-mêmes déclarer un meilleur droit sur l'objet du gage (cf. art. 155 LP). En matière de gage mobilier, il n'existe pas de voie de recours équivalente à l'action en réalisation de charges. Le droit de gage ne fait l'objet d'une procédure d'opposition que si le créancier présumé garanti par le gage fait valoir son droit dans la poursuite de l'autre créancier. Cela présuppose toutefois que la valeur patrimoniale ait été saisie avant la réalisation du gage ou - selon l'avis défendu ici - au moins mise en gage.
- Dans le cas des titres intermédiés, le créancier garanti peut réaliser son droit de garantie (c'est-à-dire aussi bien le droit intégral que le droit de gage) à titre privé même en cas de saisie existante, s'il s'est réservé cette

possibilité par contrat (art. 31 al. 2 LTI). Dans ce cas, il n'y a pas de procédure d'opposition. Si les conditions d'une réalisation ne sont pas remplies (par exemple parce que le contrat de gage n'est pas valable ou n'autorise pas la réalisation privée), la prétention en dommages-intérêts du débiteur doit être saisie à la place conformément à l'art. 31 al. 4 LTI (probablement en tant que créance contestée).

- Les prétentions de droit public qui priment sur la saisie au sens de l'art. 44 LP, notamment la saisie et la confiscation pénales, ne doivent pas être clarifiées dans le cadre de la procédure d'opposition. C'est l'autorité pénale qui en décide et non le tribunal civil.
- Les privilèges de droit des poursuites doivent être invoqués dans la procédure de collocation (art. 146 LP) ou par voie de recours.

3. Déclaration de la prétention

14 En principe, toute personne (y compris le créancier poursuivant) peut déclarer un droit meilleur, et ce non seulement pour elle-même, mais aussi pour d'autres personnes. Cela découle déjà de la formulation de l'art. 106, al. 1, LP.

15 La réquisition doit indiquer quel droit la demanderesse fait valoir sur quel bien et dans quelle procédure de poursuite. Si un droit de gage est annoncé, le montant de la créance garantie par le gage doit également être indiqué. Si la demanderesse omet d'indiquer ce montant, l'office des poursuites doit partir du principe que la créance garantie par gage correspond à la valeur du gage. Exceptionnellement, l'office des poursuites engage d'office la procédure d'opposition pour les immeubles si les conditions de l'art. 10 ORFI sont remplies. En ce qui concerne les papiers-valeurs, l'office des poursuites engage la procédure d'opposition sans annonce lorsque, dans le cas de papiers-valeurs à ordre, le dernier endossement n'est pas au nom du débiteur ou lorsqu'il existe des actes de cession ou de mise en gage qui indiquent de meilleurs droits de la part d'interlocuteurs potentiels.

4. Procédure de l'office des poursuites

16 L'office des poursuites ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation pour décider s'il convient d'engager la procédure d'opposition. L'office des poursuites ne doit pas rejeter la demande, même s'il lui semble clair que le

droit n'existe pas. Exceptionnellement, l'office des poursuites peut toutefois ne pas tenir compte de la réquisition si le bien n'a été vendu par le débiteur à la partie adverse qu'après la saisie et que l'office des poursuites est convaincu que la partie adverse était au courant de la saisie.

D. Al. 2 : Annonce en temps utile

La demanderesse peut annoncer sa prétention tant que le produit de la vente des biens réalisés n'a pas été distribué (art. 106, al. 2, LP). 17

Toutefois, la demanderesse ne doit pas attendre de manière abusive ou par négligence grave avant de déposer sa demande. Dans d'anciens arrêts, le Tribunal fédéral s'est montré très strict et a considéré que la prétention devait être annoncée dans les dix jours à compter de la connaissance de la saisie ou du séquestre. Selon la jurisprudence constante, cela n'est plus nécessaire. L'abus de droit est toutefois admis lorsqu'il n'y avait aucune raison raisonnable d'attendre et que la demanderesse était consciente de perturber la poursuite ou d'inciter le créancier à des actions superflues. Ainsi, la réquisition est manifestement abusive si elle a été faite un an après avoir eu connaissance de l'exécution du séquestre et sans raison excusable. De même, le droit doit être annoncé dès l'entrée en vigueur du séquestre et non pas seulement au moment de la saisie-procédure. Le demandeur prudent déclarera son droit immédiatement après avoir pris connaissance de la saisie ou lorsqu'il aura été établi de manière définitive que le séquestre est autorisé. 18

L'abus de droit doit être pris en compte par toutes les autorités. L'office des poursuites peut lui-même arriver à la conclusion que la demanderesse a déclaré son droit tardivement. L'office des poursuites ou les autorités de surveillance LP peuvent donc décider que le droit est perdu (du moins dans la procédure d'exécution, cf. n. 20 ci-après). Le droit du demandeur n'est alors pas du tout évalué dans une procédure d'opposition judiciaire. En revanche, si le dépôt dans les délais n'est abordé que dans la procédure d'opposition judiciaire, le tribunal doit à mon avis examiner si le dépôt a été effectué dans les délais. 19

E. Al. 3 : Droits de poursuite de la personne mieux autorisée

Selon l'al. 3, les droits selon les art. 934 ss. CC sont réservés. Cette disposition précise donc que les droits de poursuite dits matériels priment sur les 20

dispositions relatives à la procédure d'opposition. La demanderesse ne perd pas ses droits si elle n'engage pas la procédure d'opposition. Toutefois, la demanderesse ne peut exiger la restitution de la chose d'un acquéreur de bonne foi que contre dédommagement (cf. art. 934, al. 2, CC). Cette règle n'est pertinente que pour les choses : Pour les créances non matérialisées et les actions ainsi que les droits-valeurs, il n'existe de toute façon aucun droit de poursuite.

II. ART. 107 / 108 LP

A. Contexte de la répartition des rôles des parties

21 Les art. 107 /108 LP règlent la procédure dite préliminaire et répartissent les rôles des parties entre le créancier ou le débiteur et le poursuivant. Habituellement, le créancier et le débiteur ont des intérêts divergents. Dans la procédure d'opposition, ils ont pour une fois des intérêts convergents (du moins s'ils n'ont pas de lien juridique ou personnel avec la partie adverse) : Les deux ont intérêt à ce que la valeur patrimoniale (non grevée) soit maintenue dans la saisie. Dans ce cas, la valeur patrimoniale est réalisée en faveur de la créancière et la dette du débiteur diminue en conséquence.

22 Les art. 107 / 108 LP contiennent un mécanisme qui équilibre les intérêts du créancier ou du débiteur ainsi que ceux de la partie adverse et qui répartit efficacement les rôles des parties. C'est la personne dont la position semble la moins probable qui doit agir en justice.

B. Déroulement de la procédure selon l'art. 107 LP

23 Si le débiteur a seul la garde de la chose saisie ou si sa qualité de créancier est plus probable, le créancier ou le débiteur doivent contester le droit déclaré. S'ils ne le font pas, le droit est considéré comme reconnu. En revanche, s'ils contestent le droit, le demandeur doit agir en justice. Si celui-ci n'agit pas, le droit n'est pas pris en compte dans la saisie (art. 107 al. 5 LP).

24 Le créancier et le débiteur peuvent exiger que la partie demanderesse présente les moyens de preuve dont elle déduit son droit prétendu (art. 107 al. 4 LP). Il s'agit d'une obligation procédurale. Le défaut n'entraîne pas l'inversion des rôles des parties, mais peut être pris en compte dans le cadre de la répartition des frais (art. 73 al. 2 LP et art. 107 al.1 CPC).

C. Déroulement de la procédure selon l'art. 108 LP

Il en va différemment lorsque le demandeur a la garde ou du moins la co-garde du bien saisi ou que son droit à la créance semble plus probable. Dans ce cas, le débiteur ou le créancier doit agir en justice dans les 20 jours contre la partie demanderesse. S'ils ne portent pas plainte, le droit déclaré est considéré comme reconnu et sera pris en compte dans la saisie (art. 108 al. 3 LP). 25

D. Critères de répartition des rôles des parties

Pour la répartition des rôles des parties, il est donc déterminant de savoir qui a la garde ou dont la légitimité sur la créance est la plus probable. 26

1. La garde des choses

La garde désigne la maîtrise directe et de fait d'un bien meuble. Cette maîtrise est appréciée indépendamment de la situation juridique. Il n'est pas pertinent de savoir si la maîtrise est légale. Il s'agit plutôt du pouvoir effectif de disposer de la chose ; d'un point de vue pratique, il s'agit le plus souvent de l'usage. La garde est certes apparentée à la possession en droit civil. Toutefois, seul le possesseur direct a la garde ; le fait que la possession soit simplement "dépendante" (par exemple pour un locataire) ne joue aucun rôle. Ainsi, la notion de garde dans la LP est largement identique à celle du droit pénal. 27

Même si la situation juridique n'est pas déterminante pour l'appréciation de la garde, des critères juridiques incontestés peuvent permettre de tirer des conclusions sur le pouvoir de disposition effectif. Par exemple, un travailleur n'a pas la (co)garde des objets se trouvant dans les locaux de son employeur. Dans le secteur bancaire, ce n'est pas la banque, mais le client de la banque qui a la garde des valeurs patrimoniales dans des coffres-forts ou des dépôts (physiques) de titres. 28

De même, il convient de tenir compte du fait que la distinction entre garde exclusive et garde partagée est toujours appréciée par rapport au demandeur : Ainsi, un débiteur marié et vivant en ménage commun avec son épouse a la garde exclusive d'une chose au sens de l'art. 107 LP si son frère en revendique la propriété. En revanche, si l'épouse fait valoir des droits, il faut partir du principe que la garde est partagée. En d'autres termes, il convient de procéder selon l'art. 107 LP même si un quatrième a la codétention. 29

30 Aussi simples que soient les principes énoncés, il peut être difficile, dans certains cas, de distinguer la garde exclusive de la garde partagée au sens de l'art. 108 LP. Les exemples suivants peuvent être cités à titre d'illustration :

- Par rapport aux personnes qui vivent dans le même ménage : Il y a garde exclusive lorsque la valeur patrimoniale a été conservée dans un lieu dont seul le débiteur peut disposer (p. ex. si une valeur patrimoniale est conservée dans un bureau fermé à clé et que seul le débiteur en possède la clé). Dans le cas contraire, il y a garde partagée.
- Il y a garde exclusive si le débiteur figure sur le permis de circulation, s'il est le seul à utiliser la voiture et s'il la gare dans un garage séparé. Le fait que sa femme ait sa propre clé du garage et nettoie occasionnellement la voiture ne joue aucun rôle.
- Selon la Cour suprême de Zurich, il y a codétention dans le cas d'un coffre-fort si la demanderesse a une procuration.

2. Légitimité probable de la créance

31 Pour décider qui est le plus susceptible d'être titulaire d'une créance, on se base généralement sur des documents. Dans le cas de prétentions contractuelles, la personne qui est vraisemblablement habilitée est celle qui est mentionnée comme partenaire contractuel dans un contrat écrit. Ainsi, pour les comptes bancaires, il est probable que le titulaire du compte soit également le créancier de la créance. Cela ne change rien si, selon le formulaire A, une autre personne (c'est-à-dire le demandeur) est l'ayant droit économique.

32 Dans le cas du compte joint (joint account), il convient de distinguer les relations externes (relations entre les clients de la banque et la banque) et les relations internes (relations entre les deux titulaires du compte). Le but du joint account est de régler la relation externe de plusieurs personnes, indépendamment de la relation interne. Si l'avoir est saisi dans le cadre d'une poursuite contre un cotitulaire de compte et que le cotitulaire fait valoir que l'avoir lui revient (en totalité ou en partie), la procédure d'opposition permet de déterminer qui a effectivement droit à l'avoir dans le rapport interne. Bien que la légitimité de la demanderesse en tant que cotitulaire du compte ne soit pas en soi plus probable que celle du débiteur, la pratique admet la "co-

légitimité" de la demanderesse, raison pour laquelle l'art. 108 LP lui attribue le rôle de défenderesse.

Pour le reste, la jurisprudence a réparti le rôle de défendeur comme suit : 33

- Si la demanderesse peut présenter un acte de cession, sa légitimité est en principe plus probable si la créance saisie relève de la description de la créance cédée. Il n'en va autrement que si l'acte de cession présente un vice manifeste ou, selon l'opinion défendue ici, si la cession présente des vices de fond évidents (par exemple, l'incessibilité de la créance).
- L'exactitude d'une inscription au registre du commerce est présumée. En l'absence de moyens de preuve démontrant son inexactitude, la légitimité matérielle de l'associé inscrit aux parts sociales est plus probable que celle d'un demandeur.
- Dans le cas d'une marque, l'inscription au registre des marques est déterminante.

3. Les immeubles : Inscription au registre foncier

Pour les immeubles, l'inscription au registre foncier est déterminante. Dans la pratique, la procédure d'opposition au sens des articles 106 et suivants LP n'est que rarement appliquée aux immeubles. D'une part, parce que pour les immeubles, seule la propriété peut faire l'objet de la procédure d'opposition et que les autres droits sont clarifiés dans la procédure d'apurement des charges (cf. n. 2 ci-dessus). D'autre part, parce que le registre foncier offre une plus grande clarté sur les rapports de propriété. 34

4. Divergence en cas de recours ?

La jurisprudence est controversée quant à la question de savoir s'il est possible de s'écarter de la réglementation des art. 107 / 108 LP lorsque des valeurs patrimoniales du demandeur ont été incluses dans l'exécution forcée par le biais d'un droit de passage dans la procédure de séquestre (cf. sur le droit de passage N. 78 ci-après). Selon le tribunal cantonal des Grisons, il ne faut pas tenir compte d'un droit de passage, même si la créancière a pu se prévaloir avec succès d'un droit de passage dans la procédure de séquestre. Le Tribunal fédéral part en revanche du principe, avec des motifs convaincants, que cela est possible : l'interdiction de l'abus de droit est valable dans tout l'ordre juridique et doit être respectée par toutes les autorités. Selon le 35

Tribunal fédéral, il peut même être notoire qu'un débiteur utilise de fait une société comme vecteur de sa fortune. Dans ce cas, il semble certainement approprié de procéder selon l'art. 107 LP et non selon l'art. 108 LP.

5. Garde d'un tiers

36 Est considérée comme un tiers une personne qui n'a rien à voir avec la poursuite et qui ne fait pas valoir de droit sur la valeur patrimoniale litigieuse. Si un tiers a la garde de la valeur patrimoniale (p. ex. locataire, emprunteur, entreprise chargée de la réparation de la valeur patrimoniale), la garde est attribuée à la personne pour laquelle il exerce la garde. Si le tiers n'exerce la garde que pour le débiteur, il faut procéder selon l'art. 107 LP, sinon selon l'art. 108 LP. Ce qui compte, c'est l'avis du quatrième pour qui il exerce la garde.

6. Moment déterminant

37 En principe, la saisie est le moment pertinent pour décider de la détention ou de l'ayant droit probable. Il convient de noter que les éléments de preuve invoqués par une partie pour étayer son point de vue sur la répartition des rôles entre les parties peuvent également provenir d'une date ultérieure. S'il n'est pas possible de déterminer la garde au moment de la saisie, c'est la dernière garde clairement identifiable qui est déterminante.

38 Si un séquestre est effectué au préalable, c'est sa date qui est déterminante. Si des valeurs patrimoniales séquestrées sont saisies, c'est la personne qui avait la garde avant la saisie pénale qui est déterminante pour la répartition des rôles des parties. En cas de poursuite pour rétention de loyer, c'est le moment de l'établissement de l'état des lieux de rétention au sens de l'art. 283 al. 3 LP qui est déterminant. Cela vaut également lorsque les objets sont ensuite réintroduits (illégalement) dans les locaux du débiteur.

E. Recours contre la répartition des rôles des parties

39 La partie intimée peut former un recours au sens de l'art. 17 LP contre la décision fixant un délai. Si la partie adverse apprend que l'office des poursuites fixe un délai à la créancière et au débiteur pour contester leur prétention conformément à l'art. 107 al. 2 LP, elle peut déjà déposer un recours contre cette communication si elle estime que le rôle de plaignant doit être attribué à la créancière ou au débiteur.

Le recours n'a pas d'effet suspensif de par la loi (art. 36 LP). Si l'effet suspensif est accordé au recours (après une demande en ce sens), le délai pour soulever l'action sur opposition doit être recalculé même si le recours est rejeté. La partie recourante ne doit pas demander explicitement qu'un nouveau délai lui soit fixé en cas de défaite. 40

F. Fixation du délai

Conformément à l'art. 107, al. 5, LP et à l'art. 108, al. 2, LP, l'office des poursuites fixe un délai d'action de 20 jours. 41

Il y a une exception au délai lorsque l'un des requérants revendique la propriété d'un bien et qu'un autre requérant revendique un droit de gage. Dans ce cas, le délai de l'action en opposition du créancier ou du débiteur contre le droit de gage ne commence à courir que lorsque la procédure d'opposition contre le revendiquant de la propriété est terminée et que le bien reste saisi. L'office des poursuites doit informer de ce délai spécial. 42

L'office des poursuites ne dispose en principe d'aucun pouvoir d'appréciation lors de la fixation du délai selon l'art. 108 LP. Selon le Tribunal cantonal des Grisons, l'office des poursuites ne peut pas attendre, même en cas de séquestre de valeurs patrimoniales, qu'une décision définitive soit prise sur le séquestre (opposition au séquestre, plainte), mais doit fixer directement un délai pour le dépôt de la plainte. Cette jurisprudence n'est pas appropriée : il n'est pas raisonnable d'exiger d'un créancier qu'il élabore une action en opposition alors qu'il ne sait même pas si le séquestre sera maintenu. Le retard causé par l'attente de la décision de séquestre définitive doit être accepté par la demanderesse. Enfin, la créancière est responsable, en vertu de l'art. 273 LP, du dommage résultant d'un séquestre injustifié. 43

III. ART. 109 LP

A. Classification procédurale de l'action en opposition

La doctrine majoritaire qualifie l'action en opposition d'"action formatrice procédurale". Cette qualification n'est pas convaincante : dans la procédure d'opposition, on constate uniquement si une valeur patrimoniale peut être réalisée en faveur du créancier dans la procédure d'exécution forcée et, le cas échéant, avec quelle charge. Bien que la constatation du tribunal ait des 44

conséquences pratiques pour la procédure d'exécution forcée - parce que l'issue de la procédure influence le substrat de l'exécution - la situation juridique n'est pas modifiée par le jugement, comme c'est le cas pour une action formatrice. Selon moi, il s'agit donc d'une action en constatation. Le fait que l'action en opposition n'a incontestablement d'effet qu'entre les parties au procès et non erga omnes, comme c'est généralement le cas pour les actions formatrices, plaide également en faveur de cette opinion. Les conséquences pratiques de la qualification sont toutefois limitées (cf. en particulier sur la demande en justice, n. 69 ss. ci-après).

45 Au sein des actions de la LP, l'action en opposition est qualifiée d'action de droit des poursuites avec effet réflexe sur le droit matériel. Selon la doctrine, cela vaut également lorsque le débiteur et le demandeur sont opposés. Ce point de vue est convaincant : au centre de l'action se trouve la détermination de la mesure dans laquelle la valeur patrimoniale est incluse dans l'exécution. Les aspects de droit matériel nécessaires à cet effet ne doivent être examinés par le tribunal qu'à titre de question préalable.

46 La question de savoir si la répartition dogmatique des actions de la LP en actions de droit des poursuites avec ou sans effet réflexe et en actions de droit matériel est en soi judicieuse a été mise en doute ces derniers temps. En effet, on accorde trop de poids à ces catégories lorsqu'elles sont invoquées comme argument décisif pour diverses questions procédurales relatives à la compétence territoriale et matérielle, à l'arbitrabilité ou à l'autorité de la chose jugée.

47 Bien que le tribunal n'examine les aspects de droit matériel qu'à titre préjudiciel, le jugement a également un effet de force de chose jugée "ordinaire". Le jugement a l'autorité de la chose jugée dans les limites habituelles, c'est-à-dire l'identité des parties et de l'objet du litige. Le tribunal ne détermine certes pas de manière définitive qui a quel droit sur la valeur patrimoniale, mais il décide de manière contraignante si le droit invoqué par la partie demanderesse doit être pris en compte dans l'exécution forcée. Si la valeur patrimoniale en question devait être à nouveau saisie (pour quelque raison que ce soit) dans une nouvelle procédure de poursuite, la question du meilleur droit entre les mêmes parties serait déjà résolue de manière définitive. L'objet du litige est donc identique, même si les conclusions seront légèrement différentes (numéro de poursuite ; acte de saisie). Ce point de vue ne correspond toutefois pas à la doctrine et à la jurisprudence. Selon celle-ci,

la procédure d'opposition n'a d'effet que pour la poursuite concernée et non pour une autre poursuite. Ainsi, le procès avec effet contraignant ne pourrait se terminer qu'au détriment de la partie adverse. Si cette dernière perd, la valeur patrimoniale est en effet réalisée. En revanche, si la demanderesse gagne, la créancière pourrait à nouveau engager une nouvelle procédure de poursuite et tenter à nouveau de faire réaliser la valeur patrimoniale en sa faveur avec une meilleure argumentation. Cette conséquence ne semble pas appropriée. Même s'il s'agit d'une action en droit des poursuites avec effet réflexe, la décision judiciaire doit avoir un effet contraignant.

B. Conditions de procédure

1. Compétence territoriale

a. Relation interne

Dans les rapports internes, la règle de compétence est simple : si le rôle de défendeur est attribué à la demanderesse, le créancier ou le débiteur doit introduire l'action au domicile de la demanderesse (art. 109, al. 2, LP). Dans les autres cas, le tribunal du for de la poursuite est compétent (art. 109 al. 1 LP). Si le litige porte sur un immeuble, l'action doit être introduite au lieu où se trouve l'immeuble (art. 109 al. 3 LP). 48

b. Situation internationale

L'art. 109 LP est en principe également applicable dans un état de fait international. Dans le champ d'application de la CL, la procédure d'opposition relève, selon le Tribunal fédéral, de l'art. 22 ch. 5 CL, indépendamment du fait que le créancier ou le débiteur soit opposé au demandeur. Des arguments dogmatiques peuvent être avancés à cet égard, notamment l'unité de la procédure de poursuite ou le lien étroit avec la procédure d'exécution forcée. En fin de compte, ces arguments ont toutefois un arrière-plan pratique : la procédure serait compliquée pour toutes les parties et, en particulier, presque inacceptable pour une créancière si, dans le pire des cas, elle devait encore engager une procédure d'opposition dans une troisième juridiction après la procédure de reconnaissance à l'étranger et la procédure d'exécution en Suisse. 49

50 Cette jurisprudence du Tribunal fédéral est toutefois controversée. Dans la doctrine, on trouve des opinions divergentes qui prévoient d'autres compétences dans différentes constellations :

- Selon une opinion doctrinale, l'action en opposition s'apprécie selon l'art. 2 CL lorsque le débiteur et le demandeur sont en présence. La raison en est qu'il s'agit alors d'une action de droit matériel. Selon l'opinion défendue ici, cette supposition n'est pas correcte, raison pour laquelle la conclusion doit également être rejetée (cf. supra n. 45).
- Selon un autre avis, l'art. 2 CL s'applique lorsque le créancier ou le débiteur au sens de l'art. 108 LP agit contre la demanderesse. Comme la demanderesse a la garde de la valeur patrimoniale ou que sa légitimité semble plus probable, on ne peut pas exiger d'elle qu'elle soit impliquée dans une procédure à l'étranger (c.-à-d. en Suisse) qui porte de facto sur le droit revendiqué. On objecte à juste titre à cet argument que les valeurs patrimoniales litigieuses se trouvent tout de même en Suisse. Un demandeur étranger doit s'attendre à être impliqué dans un litige juridique à l'endroit où se trouvent les valeurs patrimoniales (p. ex. dans le cas d'un compte bancaire ou d'un immeuble).

51 En résumé : Selon une jurisprudence convaincante du Tribunal fédéral, il y a toujours compétence en Suisse, même dans un état de fait international, conformément à l'art. 109 al. 1 à 3 LP.

2. Compétence matérielle

52 La compétence matérielle est en principe déterminée par le droit cantonal (art. 4 CPC). Si un canton prévoit un tribunal de commerce, celui-ci n'est pas compétent pour les actions sur opposition. Dans le canton de Zurich, le juge unique du tribunal de district est compétent à raison de la matière (§ 24 let. b de la loi du canton de Zurich du 10.5.2010 sur l'organisation judiciaire et des autorités dans la procédure civile et pénale (GOG/ZH ; LS 211.1).

3. Respect des délais

53 Il n'y a pas de procédure de conciliation (art. 198, let. e, ch. 3, CPC). Le délai de 20 jours pour agir ne peut donc être respecté que par le dépôt de la demande auprès du tribunal. Le respect du délai est une condition préalable à

la procédure. Le délai ne peut en principe pas être prolongé ou fixé à nouveau (par l'office des poursuites).

Si le créancier manque le délai, il peut intenter une nouvelle action dans le cadre d'une nouvelle poursuite, pour autant que les valeurs patrimoniales soient encore disponibles. Cette conséquence correspond à la disposition de l'art. 108 al. 3 LP, selon laquelle la prétention n'est pas prise en compte (uniquement) dans la poursuite concernée ou est considérée comme reconnue si aucune action n'est introduite. 54

Le délai de 20 jours pour introduire une action est très court. La brièveté du délai est l'une des raisons pour lesquelles, dans la pratique, des recours sont souvent déposés contre la répartition des rôles des parties. Si le tribunal accorde l'effet suspensif, la partie demanderesse dispose du temps nécessaire même si le tribunal rejette finalement le recours (cf. supra n. 40). Si la répartition des rôles des parties ne peut pas être contestée en raison de la clarté de la situation de fait et de droit, la doctrine mentionne la possibilité de déposer un recours non motivé dans la procédure simplifiée ou de motiver brièvement le recours dans la procédure ordinaire. Il va de soi que cette dernière solution n'est qu'une mesure d'urgence. Dans les cas plus complexes, le créancier devrait au moins commencer à rédiger sa plainte avant la poursuite s'il veut combattre une sollicitation présumée et déjà connue. 55

La question de savoir si les féries de poursuite de la LP ou les féries judiciaires du CPC sont applicables à l'introduction de l'action n'est pas définitivement tranchée dans le droit en vigueur. Il existe différents points de vue dans la doctrine. Comme pour les autres actions de la LP, il règne donc une grande incertitude. Toutefois, la jurisprudence la plus récente du Tribunal fédéral permet au moins de déduire que l'une des deux règles s'applique et qu'il n'y a pas de suspension des délais du tout... 56

Le législateur a clarifié la situation avec la révision du CPC. L'art. 145, al. 4, nCPC prévoit que "les dispositions de la présente loi relatives à la suspension des délais sont applicables à toutes les actions prévues par la LP qui doivent être introduites devant un tribunal". Ainsi, dès l'entrée en vigueur de la révision, les féries judiciaires selon le CPC seront applicables. D'ici là, la partie plaignante prudente ne se fiera toutefois pas au fait que les tribunaux appliquent déjà cette disposition. 57

58 Une fois que l'action est pendante, les féries judiciaires selon le CPC s'appliquent déjà sous le droit en vigueur pour le procès en cours ainsi que pour le délai de recours.

59 Jusqu'à présent, la prolongation ou le rétablissement (exceptionnel) du délai étaient régis par l'art. 33, al. 2 et al. 4 LP. Comme l'art. 145 al. 4 nCPC ne règle que la suspension du délai, ces dispositions devraient continuer à s'appliquer.

4. Procédure de poursuite ou de séquestre pendante

60 Si la poursuite est annulée, l'intérêt à la protection juridique fait défaut, raison pour laquelle l'action sur opposition devient sans objet. De même, l'action sur opposition devient sans objet si le débiteur est déclaré en faillite.

61 Le tribunal saisi de la procédure d'opposition peut également constater lui-même que la poursuite ou la saisie est nulle, raison pour laquelle la procédure devrait être classée. Selon le Tribunal fédéral, cela vaut en tout cas lorsque la nullité "ne fait aucun doute".

62 Selon la jurisprudence, le créancier peut "interrompre" la procédure d'opposition en retirant la poursuite même s'il se rend compte qu'il a commis des erreurs (de procédure) et forcer une nouvelle procédure d'opposition en procédant à un deuxième séquestre ou à une nouvelle saisie. Comme la poursuite valable est une condition de procédure, cette conséquence est correcte et le tribunal doit classer la procédure comme étant sans objet. Dans ce cas, le créancier supporte les frais de procédure (cf. art. 107, let. e, CPC).

5. Demande valable

63 La demanderesse ne doit pas attendre de manière abusive pour déposer sa demande (cf. supra N. 18). Comme mentionné au n. 19, le tribunal peut également examiner si la demande a été déposée à temps ou tardivement.

64 Le tribunal n'examine en principe que les droits qui ont été annoncés par le demandeur à l'office des poursuites. Il est toutefois possible que la demanderesse fasse valoir un droit moins étendu dans le procès (p. ex. un droit de gage, si elle a revendiqué la propriété dans la réquisition). La modification de la demande est régie par les articles 227 et 230 du CPC.

C. Questions particulières

1. Effets de l'action sur la procédure de saisie

Conformément à l'art. 109 al. 4 LP, le tribunal avise l'office des poursuites de la réception et de la liquidation de la demande. La raison de cette réglementation réside dans l'effet prévu à l'alinéa 5, selon lequel la poursuite reste suspendue pour le bien en question et les délais pour la réquisition de vente sont suspendus. 65

2. Convention d'élection de for

Selon la doctrine, les fors prévus à l'art. 109 LP sont impératifs. C'est convaincant : l'art. 17 CPC ne s'applique pas, car la LP règle quel est le tribunal compétent pour juger cette action de droit des poursuites avec effet réflexe sur le droit matériel (cf. art. 46 CPC). Cela vaut également dans les relations internationales. 66

3. Arbitrabilité de l'action sur opposition

La question de savoir si l'action sur opposition est arbitrable est controversée. A première vue, il ne semble pas absurde qu'un tribunal arbitral puisse également statuer sur une action en opposition. Contrairement au for, il n'existe aucune disposition dans la LP qui prévoie pour les tribunaux arbitraux un régime différent de celui du CPC ou de la LDIP. En outre, il s'agit de droits patrimoniaux (au sens de l'art. 177 LDIP) dont les parties peuvent disposer librement (au sens de l'art. 354 CPC). En raison de cette dernière situation, la protection des créanciers saisissants non impliqués ne s'oppose pas non plus à l'arbitrabilité. Les créancières qui n'ont pas décidé elles-mêmes de contester une demande au sens de l'art. 107 LP ou d'intenter une action au sens de l'art. 108 LP n'ont pas besoin d'être protégées. 67

Néanmoins, des arguments légitimes s'opposent à l'arbitrabilité de l'action en opposition. D'une part, il existe un lien étroit avec la procédure d'exécution forcée et donc avec le droit public. D'autre part, la mise en œuvre de procédures d'arbitrage entraînerait des problèmes pratiques. En cas d'accord d'arbitrage entre le débiteur et la partie adverse, il ne serait pas certain, dans chaque cas, que l'action en opposition soit incluse dans l'accord. Si plusieurs créancières et, le cas échéant, le débiteur souhaitent participer à la procédure d'opposition, on pourrait en outre se retrouver dans une situation où le même 68

litige serait porté une fois devant le tribunal étatique et une fois devant le tribunal arbitral. En conclusion, il est convaincant que l'action en opposition n'est pas arbitrable.

4. Requête en justice

69 Selon certains points de vue doctrinaux, la partie demanderesse ne peut pas demander la constatation que le droit en question existe (ou n'existe pas). Elle doit au contraire formuler une instruction d'agir à l'intention de l'office des poursuites. Ainsi, la partie demanderesse doit requérir que le bien soit libéré de la saisie ou que le droit qu'elle a déclaré soit toléré. Une telle requête s'inscrit dans la qualification d'action formatrice procédurale retenue par la doctrine (cf. supra n. 44). Selon l'opinion défendue ici, selon laquelle l'action en opposition est une action en constatation, la formulation en tant que demande en constatation serait certes dogmatiquement correcte (cf. supra n. 44). Mais dans la pratique, les deux formulations doivent de toute façon être possibles, car tant dans le cas d'une injonction de faire que dans celui d'une demande en constatation, ce que veut la partie demanderesse est clair.

70 Étant donné que la doctrine majoritaire se prononce en faveur d'une injonction de faire, l'exemple suivant est formulé dans ce sens. Les conclusions peuvent être formulées comme suit, en s'inspirant de Vock/Meister-Müller.

71 Requête juridique du débiteur / de la créancière :

"Dans la poursuite n° [...] de l'Office des poursuites [...] contre [le débiteur], il convient de laisser la valeur patrimoniale [désignation] dans la saisie ([n°]) du [...]".

"Dans la poursuite n° [...] de l'Office des poursuites [...] contre [le débiteur], la valeur patrimoniale [désignation] doit être laissée en blanc dans la saisie ([n°]) du [...]".

72 Requête juridique de la partie adverse :

"Dans la poursuite no [...] de l'Office des poursuites [...] contre [le débiteur], il convient de libérer la valeur patrimoniale [désignation] de la saisie ([no]) du [...]".

"Il convient d'inscrire dans la poursuite n° [...] de l'office des poursuites [...] contre [le débiteur] la valeur patrimoniale [désignation] dans la saisie ([n°]) du [...] comme étant assortie d'un [désignation droit réel limité, p. ex. droit de gage] de la demanderesse au [[...] rang] et de tenir compte de ce droit lors de la réalisation conformément aux dispositions légales".

5. Valeur litigieuse

La valeur litigieuse est toujours le plus petit des montants suivants : La créance poursuivie, la valeur des biens (généralement la valeur estimée dans l'acte de saisie) ou, si un droit de gage a été déclaré, la valeur de la créance garantie par le gage. La partie demanderesse doit chiffrer la valeur litigieuse dans la demande (cf. art. 221, al. 1, let. c, CPC). 73

6. Charge de la preuve

La répartition des rôles des parties ne modifie pas le fardeau de la preuve. Celui-ci est déterminé par l'art. 8 CC. Selon cette disposition, la partie demanderesse doit prouver les faits qui fondent son prétendu meilleur droit. Par exemple, en cas de saisie d'un compte joint, le fardeau de la preuve incombe à la cotitulaire du compte ; celle-ci doit prouver qu'elle a un droit interne sur l'avoir. En ce qui concerne la propriété, le tribunal aura habituellement recours à la présomption de droit de l'article 930 du code civil, du moins si la possession est "sans équivoque". 74

En particulier dans le cas d'un droit de gage, la preuve ne sera pas excessivement difficile pour le tiers. La plupart du temps, un contrat de gage écrit suffit à cet effet. Ces documents sont parfois déjà présentés lors de la procédure préliminaire (cf. art. 107 al. 3 LP / 108 al. 4 LP). 75

En revanche, le débiteur ou le créancier supporte le fardeau de la preuve pour les faits dont il déduit un droit propre du débiteur ou une exception qui s'oppose au droit du demandeur. titre d'exemple, on peut citer le mélange de l'argent liquide reçu par la partie demanderesse ou l'acquisition par le débiteur d'un droit réel de rétention sur le bien. 76

La créancière contestante se trouve régulièrement dans une situation difficile. Elle doit mener un procès sur la relation juridique entre le débiteur et le demandeur, dont elle ne connaît généralement pas les circonstances, ou seulement de manière superficielle. Dans la pratique, le procès a lieu la 77

plupart du temps lorsque le créancier soupçonne un comportement frauduleux, en particulier lorsque le débiteur et l'interlocuteur sont personnellement ou juridiquement liés. Dans la pratique, les moyens de preuve nécessaires à la conduite du procès proviennent généralement d'autres procédures civiles ou pénales.

78 Les arguments souvent invoqués par la créancière dans la pratique sont :

- L'invocation de la propriété (formelle) est un abus de droit, raison pour laquelle une approche économique doit remplacer l'approche juridique. Si des personnes morales sont impliquées, la valeur patrimoniale est alors incluse dans la saisie à l'aide d'une saisie-arrêt. Si les actifs d'une personne privée doivent répondre d'une dette d'une personne morale, on parle de saisie directe. Si les actifs d'une société doivent servir de base à l'exécution d'une dette d'une personne physique, il s'agit d'une saisie inversée. Dans les deux cas, il faut que (1) la société soit contrôlée par la personne physique et que (2) l'invocation de l'indépendance juridique semble abusive. C'est par exemple le cas lorsque les actifs de la société et de la personne privée sont mélangés. La question de savoir si les conditions d'un recours sont remplies dépend fortement du cas d'espèce. Le plus souvent, un recours est efficace lorsque le comportement du débiteur semble frauduleux. Dans le cas des particuliers, il est notamment possible de s'attaquer aux biens détenus par un tiers si celui-ci n'agit qu'en tant qu'homme de paille et détient la valeur patrimoniale pour le compte du débiteur.
- L'acte juridique (par exemple la mise en gage) entre le débiteur et le demandeur n'est pas valable, par exemple parce qu'il est simulé, contraire aux bonnes mœurs ou illicite. Ce dernier cas se présente par exemple lorsque la mise en gage (dans le cadre d'une opération bancaire) a servi à la fraude fiscale ou au blanchiment d'argent et que l'autre partie pouvait s'en rendre compte.
- En l'absence de créance garantie par nantissement, il n'existe pas non plus de droit de gage.
- L'acquisition du meilleur droit par la partie demanderesse peut être contestée sur le plan paulinien.

- L'acte juridique en question n'a été effectué qu'après la saisie et n'est donc pas valable à l'égard de la créancière (cf. art. 96 al. 2 LP).

7. Coopération en matière de litiges

Dans la procédure d'opposition, le demandeur d'une part et le débiteur/ créancier d'autre part se font face. La question est donc de savoir si le débiteur et le(s) créancier(s) peuvent ou doivent agir ensemble (ou s'ils peuvent ou doivent agir ensemble). 79

Selon la doctrine, les actions en opposition constituent un cas de consorité simple : C'est-à-dire que plusieurs personnes peuvent agir et être poursuivies ensemble, car il existe en règle générale un lien matériel au sens de l'art. 71 CPC. A l'inverse, Jeandin part du principe d'une consorité nécessaire (improprement dite). Ce point de vue semble convaincant : s'il s'agit du même droit supérieur, celui-ci ne peut pas être protégé dans une procédure et nié dans une procédure parallèle. La situation est donc similaire à celle de l'art. 260 LP. Le(s) créancier(s) et le(s) débiteur(s) ne doivent certes pas mener le procès de manière uniforme, mais le meilleur droit doit être décidé de manière uniforme. Si des actions séparées sont introduites, elles doivent être réunies conformément à l'art. 125 let. c CPC. 80

8. Dénonciation du litige

L'appel en cause selon l'art. 78 CPC est possible, mais peu pertinent en pratique. Il en va de même pour l'intervention accessoire et l'action en dénonciation de litige. 81

9. Effet du jugement

Si la partie demanderesse l'emporte, le meilleur droit désormais constaté est pris en compte dans la procédure d'exécution forcée. En revanche, si le créancier ou le débiteur obtient gain de cause, la valeur des biens sans le droit allégué reste dans la procédure d'exécution forcée. Si le débiteur était partie à la procédure d'opposition, tous les créanciers poursuivants en profitent. Cela vaut également lorsque des créancières ont participé simultanément à la procédure. Si un ou plusieurs créanciers participent à la procédure (mais pas le débiteur), le produit de la réalisation des biens ou l'excédent de produit obtenu en raison de la suppression du droit sert à satisfaire leurs créances. Dans ce cas, un excédent reste acquis à la demanderesse qui a succombé, 82

c'est-à-dire que seuls les créanciers qui ont mené le processus d'opposition en profitent.

BIBLIOGRAPHIE

Acocella Domenico, Kommentierung zu Art. 44 SchKG, in: Staehelin Adrian/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Art. 1-158 SchKG, 3. Aufl., 2021 Basel (zit. BSK-Acocella).

Amonn Kurt/Walther Fridolin, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013.

Bahar Rashid/Peyer Martin, Kommentierung zu Art. 31 BEG, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Wertpapierrecht, Basel 2012 (zit. BSK-Bahar/Peyer).

Bommer Florian, Die Zuständigkeit für Widerspruchs- und Anfechtungsklagen im internationalen Verhältnis, Zürich 2001.

Blumenstein Ernst, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, Bern 1911.

Brunner Alexander/Reutter Mark A./Schönmann Zeno/Talbot Philip, Kollokations- und Widerspruchsklagen nach SchKG, Eine Einführung und Übersicht für die Praxis, 3. Aufl., Bern 2019.

Courvoisier Maurice/Wenger Werner, Kommentierung zu Art. 354 ZPO, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. ZK-Courvoisier/Wenger).

Dasser Felix, Kommentierung zu Art. 354 ZPO, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021 (zit. KuKo-Dasser).

Eichel Florian, Materiell-rechtliche «SchKG-Klagen» auf dem Weg zur «ZPO Klage», ZZZ 2022, S. 28-38.

Emmenegger Susan/Döbeli Thirza/Fritschi Mirjam, Sind Bankverträge über unversteuerte Vermögenswerte gültig?, Jusletter vom 31. August 2015.

Fritzsche Hans/Walder-Bohner Hans Ulrich, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band I, 3. Aufl., Zürich 1984.

Gilliéron Pierre-Robert, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 5. Aufl., Basel 2012.

Grolimund Pascal/Bachofner Eva, Kommentierung zu Art. 5 IPRG, in: Grolimund Pascal/Loacker Leander D./Schnyder Anton K. (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 4. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK-Grolimund/Bachofner).

Guldener Max, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979.

Jaeger Carl/Walder Hans Ulrich/Kull Thomas M./Kottmann Martin, Bundesgesetz über Schuldebetreibung und Konkurs, Band I Art. 1-158, 5. Aufl., Zürich 2006.

Jeandin Nicolas, Kommentierung zu Art. 70 CPC, in: Bohnet François/Haldy Jacques/Jeandin Nicolas/Schweizer Philippe/Tappy Denis (Hrsg.), Commentaire Romand CPC, 2. Aufl., Basel 2019.

Kratz Brigitta, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Solidarität, Art. 143 – 150 OR, Bern 2015 (zit. BK-Kratz).

Kren Kostkiewicz Jolanta, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 3. Aufl., Zürich 2018.

Mabillard Ramon, Kommentierung zu Art. 23 SchKG, in: Staehelin Adrian/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Art. 1-158 SchKG, 3. Aufl., Basel 2021 (BSK-Mabillard).

Markus Alexander R., Kommentierung zu Art. 22 Nr. 5 IPRG, in: Dasser Felix/Oberhammer Paul (Hrsg.), Stäpflis Handkommentar, Lugano-Übereinkommen, 3. Aufl., Bern 2021 (zit. SHK-Markus).

Meier Andrea/Terrapon Chassot Chloé, Kommentierung zu Art. 177 IPRG, in: Aebi-Müller Regina/Müller Christoph (Hrsg.), Berner Kommentar IPRG, Bern 2023.

Niggli Marcel Alexander/Riedo Christof, Kommentierung zu Art. 139 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 4. Aufl., Basel 2018 (zit. BSK-Niggli/Riedo).

Pfisterer Stefanie, Kommentierung zu Art. 354 ZPO, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar ZPO, Band III, Bern 2012.

Rohner Thomas, Das Widerspruchsverfahren gemäss SchKG, St. Gallen 2002.

Rohner Thomas, Kommentierung zu Art. 106-109 SchKG, in: Hunkeler Daniel (Hrsg.), Kurzkommentar, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. KuKo-Rohner).

Ruggle Peter, Kommentierung zu Art. 71, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar ZPO, 3. Aufl., Basel 2017.

Russenberger Marc/Wohlgemuth Marc, Kommentierung zu Art. 242 SchKG, in: Staehelin Adrian/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, Art. 159-352 SchKG, 3. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK-Russenberger/Wohlgemuth).

Staehelin Adrian/Strub Benno, Kommentierung zu Art. 106-109 SchKG, in: Staehelin Adrian/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Art. 1-158 SchKG, 3. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK-Staehelin/Strub).

Staehelin Daniel, Kommentierung zu Art. 83 SchKG, in: Staehelin Adrian/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Art. 1-158 SchKG, 3. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK-Staehelin).

Stoffel Walter/Chabloz Isabelle, Voies d'exécution, 3. Aufl., Bern 2016.

Tschumy Jean-Luc, La procédure de revendication des art. 106 à 109 et 242 LP, BlSchK 2016, S. 168 ff.

Tschumy Jean-Luc, Kommentierung zu Art. 106-109 SchKG, in: Dallèves Louis/Foëx Bénédict/Jeandin Nicolas (Hrsg.), Commentaire Romand, Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Basel 2005 (zit. CR-Tschumy).

Vock Dominik/Meister-Müller Danièle, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, 2. Aufl., Zürich 2018.

Weber-Stecher Urs, Kommentierung zu Art. 354 ZPO, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017 (zit. BSK-Weber-Stecher).

Wuffli Daniel, Vorsicht, Feiertage! Gerichts- und Feiertage bei SchKG-Klagen, Jusletter vom 24. April 2017.

Zogg Samuel, Zwangsvollstreckungsrechtliche Behandlung von Kryptowährungen, recht 2020, S. 1-23.

Zondler Georg, Kommentierung zu Art. 106-109 SchKG, in: Kren Kostkiewicz Jolanta, Vock Dominik, Schulthess Kommentar, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., Zürich 2017 (zit. SK-Zondler).

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 151 LP

Un commentaire de Ramin Paydar

PROPOSITION DE CITATION

Ramin Paydar, Commentaire de l'art. 151 LP, in: Pasquier Bruno/Heinzmann Michel (édit.), Commentaire en ligne de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite

Citation abrégée: OK-Paydar, art. 151 LP N. XXX.

Titre quatrième: De la poursuite en réalisation du gage

A. Réquisition de poursuite

Art. 151

[1] La réquisition de poursuite faite en vertu d'une créance garantie par gage (art. 37) doit énoncer, outre les indications prescrites à l'art. 67, l'objet du gage. Par ailleurs, la réquisition mentionnera:

a. le cas échéant, le nom du tiers qui a constitué le gage ou en est devenu propriétaire;

b. le cas échéant, le fait que l'immeuble grevé d'un gage est le logement de la famille (art. 169 CC) ou le logement commun (art. 14 de la loi du 18 juin 2004 sur le partenariat) du débiteur ou du tiers.

[2] Le créancier qui requiert une poursuite en réalisation d'un gage mobilier sur lequel un tiers a un droit de gage subséquent (art. 886 CC) doit informer ce dernier de la réquisition de poursuite.

TABLE DES MATIÈRES

I. Aperçu 80
II. Poursuite en réalisation de gage 80
A. Champ d'application 80
1. Remarques préliminaires 80
2. En détail 81
a. Créance garantie par gage 81
b. Priorité de la poursuite en réalisation de gage 84
B. Procédure 86
III. Réquisition de poursuite (al. 1) 89
A. Remarques préliminaires 89
B. Réalisation du gage et objet du gage 90
1. Réquisition de poursuite en réalisation de gage 90
2. Informations sur l'objet du gage 92
C. Propriétaires de gages tiers (al. 1 let. a) 93
1. Aperçu 93
2. Indications relatives au tiers propriétaire du gage 93
3. Notification ultérieure du commandement de payer 95
D. Logement familial/habitation commune (al. 1 let. b) 96
IV. Obligation d'informer en cas de mise en gage subséquente (al. 2) 98
Bibliographie 102

I. APERÇU

1 La LP connaît deux types d'exécution spéciale : la poursuite par voie de saisie (art. 89 ss LP ; forme principale) et la poursuite en réalisation de gage (forme spéciale). Les art. 151 à 158 LP traitent de cette dernière. Ces dispositions s'appliquent dans la mesure où la créance pécuniaire à exécuter est garantie par un gage au sens de l'art. 37 LP (cf. n. 5 ss.) (cf. art. 151 al. 1 LP).

2 La procédure d'introduction et de continuation de la poursuite en réalisation de gage se recoupe en grande partie avec la procédure ordinaire d'introduction et de continuation de la poursuite par voie de saisie. Les art. 151 ss. LP contiennent toutefois quelques particularités dont il faut tenir compte dans la poursuite en réalisation de gage (cf. art. 87 LP). Celles-ci sont décrites ci-après - dans le sens d'une remarque préliminaire générale sur les art. 151 ss. LP - sont brièvement expliquées (n. 3 ss). Suivent ensuite des explications sur les particularités liées à la réquisition de poursuite (art. 151 al. 1 LP ; n. 20 ss) et à l'obligation d'informer en cas de mise en gage subséquente (art. 151 al. 2 LP ; n. 43 ss).

II. POURSUITE EN RÉALISATION DE GAGE

A. Champ d'application

1. Remarques préliminaires

3 La poursuite en réalisation de gage est une forme particulière de l'exécution spéciale et a un champ d'application (matériel) restreint : il faut une créance garantie par un gage pour pouvoir engager une poursuite en réalisation de gage (ci-après n. 5 ss). Cela ne signifie toutefois pas qu'en présence d'une créance garantie par gage, une poursuite en réalisation de gage doit être engagée dans tous les cas. En vertu de l'art. 41 LP (beneficium excussionis realis), ce type de poursuite est toutefois prioritaire pour les créances garanties par gage (n. 8 ss. ci-après).

Champ d'application territorial : la poursuite en réalisation de gage nécessite un for de poursuite en Suisse (principe de territorialité). L'art. 51 LP s'applique à la détermination du for de la poursuite : 4

- Pour les créances garanties par gage immobilier, la poursuite a lieu au lieu de situation (art. 51 al. 2 LP) ; une poursuite en réalisation de gage immobilier n'est donc possible que si l'immeuble se trouve en Suisse (cf. art. 1 al. 1 ORFI).
- Pour les créances garanties par un gage mobilier, le créancier peut choisir entre le lieu de situation et les fors de poursuite généraux selon les art. 46 ss LP (art. 51 al. 1 LP). Tant qu'il existe un for de poursuite général au sens des art. 46 ss LP en Suisse, le fait que l'objet du gage mobilier se trouve ou non en Suisse n'est pas déterminant pour l'élévation de la poursuite ; l'objet du gage ne doit être amené en Suisse que pour la réalisation.

2. En détail

a. Créance garantie par gage

Pour qu'une poursuite en réalisation de gage puisse être engagée, il faut "une créance garantie par gage (art. 37 [LP])" (art. 151 al. 1 et art. 41 al. 1 LP). Il faut donc d'une part une créance (n. 7) et d'autre part sa garantie par un gage (n. 6). A cet égard, il convient de préciser ce qui suit : 5

(i) La procédure de réalisation du gage présuppose tout d'abord l'existence d'un droit de gage. Les droits de gage sont des droits réels limités sous la forme de droits de garantie et de droits d'exploitation. Les droits de gage ont leur base légale dans le CC ; toutefois, la LP connaît une notion de gage indépendante qui est plus large que celle du droit civil. La notion de "gage" au sens de la LP englobe aussi bien les droits de gage immobilier que les droits de gage mobilier (art. 37 al. 3 LP). Les notions de "droit de gage immobilier" et de "gage mobilier" sont définies à l'art. 37 al. 1 et 2 LP. Les droits de gage immobilier comprennent notamment l'hypothèque (art. 824 ss CC) et la cédule hypothécaire (art. 842 ss CC) ; les droits de gage mobilier comprennent - outre le gage mobilier (art. 884 CC) - notamment le droit de gage sur les créances et autres droits (art. 899 ss CC) ainsi que les différents droits de rétention. Il existe en outre d'autres "droits de gage" qui sont couverts par l'art. 37 LP ; nous les laissons de côté ci-après et renvoyons à la littérature 6

spécialisée en la matière. Par ailleurs, il convient d'attirer l'attention sur quatre points :

- Selon la jurisprudence et la majeure partie de la doctrine, le transfert et la cession à titre de sûreté ne sont pas des droits de gage au sens de l'art. 37 LP.
- Même si les effets intermédiés ne sont pas expressément mentionnés à l'art. 37 LP, la voie de la poursuite en réalisation de gage est également ouverte pour les droits de gage sur les effets intermédiés ; le cas normal prévu par la loi prévoit toutefois la réalisation privée des effets intermédiés (art. 31 LTI).
- L'art. 92 LP contient une liste de valeurs patrimoniales qui ne peuvent pas être saisies. Cette disposition ne s'applique toutefois qu'à la poursuite par voie de saisie. Dans la poursuite en réalisation de gage, des biens non saisissables peuvent donc être constitués en gage et réalisés en conséquence.
- L'étendue de la garantie par gage (à distinguer de l'étendue de la sûreté ; cf. n. 7) concerne la question de savoir quels objets/créances constituent le substrat de la garantie et peuvent donc être réalisés en cas de défaut de paiement du débiteur. Dans le cas des gages immobiliers, l'étendue de la garantie est déterminée par les articles 805 et suivants du Code civil. CC : Outre l'immeuble, le droit de gage immobilier comprend également tous les éléments constitutifs et les accessoires (art. 805 al. 1 CC). Les éventuels litiges concernant la qualité d'élément constitutif et d'accessoire doivent être réglés dans le cadre de la procédure d'apurement des charges (art. 140 LP) (art. 11 al. 4 ORFI ; cf. également art. 38 al. 2 LAC en relation avec l'art. 102 ORFI). Pour les immeubles loués/affermés, la garantie par gage s'étend à la créance de loyer/rente "accumulée depuis l'ouverture de la poursuite en réalisation du gage immobilier ou depuis l'ouverture de la faillite du débiteur jusqu'à la réalisation" (art. 806 al. 1 CC) ; à condition toutefois que le créancier gagiste demande explicitement l'extension de la garantie dans la poursuite (art. 152 al. 2 LP ; concernant le blocage des loyers/fermages, OK-Paydar, art. 152 LP n. 23 ss). Dans le cas du droit de gage mobilier, l'étendue de la garantie par gage est réglée à l'art. 892 CC : Outre la chose mise en gage, les accessoires et les fruits qui font partie intégrante de la chose mise en gage au moment de la réalisation du gage sont soumis à la garantie par gage (art. 892 al. 1 et 3 CC). Dans le cas de droits de gage sur

des créances assorties de prestations accessoires récurrentes dans le temps (p. ex. intérêts), seule la créance en cours est en principe considérée comme également mise en gage, et non les prestations déjà échues (art. 904 al. 1 CC ; voir toutefois l'exception de l'art. 904 al. 2 CC).

(ii) La créance garantie peut être une créance de droit privé ou de droit public. L'étendue de la garantie - c'est-à-dire les créances et les éventuels frais supplémentaires couverts par le droit de gage - varie selon le droit de gage. Vous trouverez ci-dessous un aperçu (non exhaustif) de l'étendue de la garantie de différents droits de gage importants dans la pratique : 7

- Droit de gage mobilier : il offre au créancier "la garantie de la créance, y compris les intérêts contractuels, les frais de poursuite et les intérêts moratoires" (art. 891 al. 2 CC). En ce qui concerne les intérêts contractuels, il n'y a pas de limitation dans le temps (contrairement aux gages immobiliers ; art. 818 al. 1 ch. 3 CC) ; par conséquent, le gage mobilier répond de tous les intérêts contractuels encore dus au moment de la réalisation. L'art. 891 al. 2 CC est de nature dispositive ; les parties peuvent donc étendre ou limiter l'étendue de la garantie.
- Pour les droits de gage sur des créances (cf. art. 899 al. 2 CC) et les droits de rétention selon les art. 895 ss. CC, l'étendue de la sûreté s'apprécie également selon l'art. 891 al. 2 CC (cf. ci-dessus).
- Droit de rétention du bailleur : en cas de bail commercial, le bailleur dispose d'un droit de rétention particulier pour garantir ses créances (art. 268 ss CO ; art. 283 ss LP). Ce droit de rétention garantit non seulement les créances de loyer (loyer net et frais accessoires), mais aussi les frais de poursuite et de rétention (y compris les frais de mainlevée). En revanche, les prestations de sécurité prévues dans le contrat de bail ou les simples demandes de dommages et intérêts du bailleur ne sont pas couvertes par le droit de rétention.
- Les hypothèques à montant fixe (art. 794 al. 1 CC) garantissent au créancier la créance en capital, les frais de poursuite, les intérêts moratoires ainsi que trois intérêts annuels échus au moment de la réquisition de vente et l'intérêt courant depuis le dernier jour d'intérêt (art. 818 al. 1 CC ; cf. en outre art. 57b al. 1 LP dans les cas de suspension de droit). En d'autres termes, l'hypothèque sur capital offre au créancier une garantie pour certaines créances accessoires en plus du montant du capital inscrit au

registre foncier. Dans la mesure où le montant exact de la créance n'est pas déterminé - c'est-à-dire dans le cas d'une hypothèque maximale -, l'art. 818 CC n'est pas applicable. Dans ce cas, les parties doivent indiquer au registre foncier un montant maximal "jusqu'à concurrence duquel l'immeuble répond de toutes les prétentions du créancier" (art. 794 al. 2 CC). Cela a pour conséquence que les intérêts et les autres frais ne sont garantis par gage que dans la limite du montant maximal inscrit au registre foncier ; l'extension de la garantie par gage aux créances accessoires (au sens de l'art. 818 CC) est exclue.

- Pour les cédules hypothécaires (art. 842 ss. CC), l'art. 818 CC est en principe également applicable (voir ci-dessus). Il convient d'accorder une attention particulière à l'article 818 al. 1 ch. 3 CC, dernière partie : Selon cette disposition, seuls les intérêts effectivement dus sont garantis par gage dans le cas de la cédule hypothécaire. Cette phrase partielle a été introduite par le législateur dans le cadre de la révision du droit de la cédule hypothécaire ; il n'est toutefois pas clair (ou ne l'était pas) si ces dispositions se réfèrent aux intérêts de la créance de la cédule hypothécaire ou de la créance du rapport de base. Selon le Tribunal fédéral, l'art. 818 al. 1 ch. 3 CC se réfère aux intérêts de la créance de la cédule hypothécaire, le créancier ne pouvant faire payer ces intérêts que pour les intérêts encore dus au titre de la créance de base.
- En ce qui concerne les hypothèques légales, l'étendue de la garantie s'apprécie - pour autant qu'il n'existe pas de règle spéciale - selon l'art. 818 CC (voir ci-dessus). Cette norme s'applique notamment à l'hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs (art. 837 al. 1 ch. 3 CC), qui est importante dans la pratique. Il convient toutefois d'ajouter ce qui suit : Pour la poursuite en réalisation de gage, l'hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs doit être inscrite définitivement au registre foncier. En cas d'inscription provisoire (annotation ; art. 76 al. 3 ORF et art. 961 al. 1 ch. 1 CC), seule la voie de la poursuite ordinaire par voie de saisie ou de faillite est ouverte.

b. Priorité de la poursuite en réalisation de gage

8 Les créances garanties par gage sont en principe soumises à la poursuite en réalisation de gage. Cela vaut indépendamment du fait que le débiteur soit soumis ou non à la poursuite par voie de faillite (art. 41 al. 1 LP).

Bien que l'office des poursuites détermine le mode de poursuite (art. 38 al. 3 LP), la poursuite en réalisation de gage n'est en principe introduite que sur réquisition du créancier poursuivant (voir toutefois n. 23). L'office des poursuites est lié par cette requête ; si l'office des poursuites engage malgré tout une poursuite par voie de saisie ou de faillite, la partie poursuivante peut s'y opposer par le biais d'une plainte (art. 17 LP) et demander la poursuite en réalisation de gage. 9

Si le créancier introduit une poursuite par voie de saisie ou de faillite malgré la créance garantie par gage, le débiteur peut soulever l'exception de droit matériel du beneficium excussionis realis (exception de la réalisation anticipée) et faire ainsi valoir la poursuite en réalisation de gage (art. 41 al. 1bis LP). Le débiteur fait valoir l'exception par le biais d'une plainte LP ; le délai de plainte est de dix jours à compter de la notification du commandement de payer (art. 17 LP). Si le débiteur poursuivi ne respecte pas ce délai, il ne pourra plus contester la poursuite par voie de saisie ou de faillite par la suite. 10

La priorité (de fait) de la poursuite en réalisation de gage pour les créances garanties par gage, contenue à l'art. 41 al. 1bis LP, connaît diverses interruptions, c'est-à-dire que le poursuivi ne peut pas soulever l'exception du beneficium excussionis realis dans les cas suivants : 11

- Dans le cas d'intérêts et d'annuités garantis par gage immobilier, le créancier a la possibilité de choisir entre la poursuite en réalisation de gage et la poursuite par voie de saisie ou par voie de faillite (art. 41 al. 2 LP).
- La créancière a également le choix entre la poursuite en réalisation de gage et la poursuite pour effets de change pour les créances garanties par des lettres de change et des chèques (art. 41 al. 2 et art. 177 al. 1 LP).
- Dans la mesure où le créancier renonce au droit de gage en la forme légale et que le débiteur en est informé au plus tard avec le commandement de payer, le débiteur ne peut pas soulever l'exception du beneficium excussionis realis. Dans le cas du gage immobilier, la renonciation ne prend effet qu'au moment de la radiation au registre foncier (art. 801 CC). Dans le cas du gage mobilier, la renonciation unilatérale du créancier au droit de gage mobilier suffit ; une restitution selon l'art. 889 al. 1 CC n'est pas nécessaire pour exclure l'exception.
- Il est également possible que le créancier et le débiteur excluent par contrat l'exception du beneficium excussionis realis ; cela peut se faire

avant ou après l'augmentation de la poursuite. Les parties ne sont liées par aucune forme (art. 11 al. 1 CO) ; la forme écrite est toutefois recommandée, car il est difficile de prouver une renonciation orale ou implicite à une exception.

- Enfin, les parties peuvent convenir d'une réalisation privée (par vente ou entrée en possession personnelle) (cf. art. 890 al. 2 CC), ce qui exclut également la levée de l'exception de réalisation anticipée. Toutefois, si le débiteur tombe en faillite ou si l'objet du gage a été saisi ou mis sous séquestre, le créancier gagiste ne peut pas (plus) exercer son droit de réalisation privée. Par ailleurs, les conventions par lesquelles le créancier doit devenir propriétaire du gage - sans poursuite - sont nulles (appelées "conventions de déchéance" ; art. 816 al. 2 et art. 894 CC) ; des questions difficiles de délimitation se posent alors par rapport à la convention (en principe admissible) d'une entrée en possession personnelle.

12 En principe, l'ouverture de la faillite entraîne l'annulation des poursuites en cours contre le débiteur (art. 206 al. 1 LP). Cela ne vaut toutefois que pour la poursuite d'un débiteur qui est également propriétaire du gage ; dans la mesure où un tiers a constitué le gage (rapport de gage tiers), la poursuite du débiteur en réalisation de gage peut être continuée, même si la faillite du débiteur a été ouverte (art. 89 al. 1 ORFI).

B. Procédure

13 La procédure d'introduction et de continuation de la poursuite en réalisation de gage se déroule en grande partie de la même manière que la procédure ordinaire d'introduction et de continuation de la poursuite par voie de saisie. Cependant, la LP contient aux art. 151 ss. LP et à d'autres endroits, diverses dispositions (spéciales) concernant la poursuite en réalisation de gage. La procédure et ses particularités sont présentées sommairement ci-après :

14 (i) La procédure de poursuite est introduite par le créancier qui dépose une réquisition de poursuite auprès de l'office des poursuites compétent (art. 51 LP ; voir n. 4). Le contenu de cette réquisition est déterminé en premier lieu par l'art. 67 LP. La poursuite en réalisation de gage requiert en outre d'autres indications (art. 67 al. 2 LP) : Ainsi, la partie poursuivante doit informer sur les éventuels tiers propriétaires du gage et signaler l'utilisation de l'immeuble saisi comme logement familial/commun (art. 151 al. 1 LP ; à ce sujet, n. 26 ss.). Par

ailleurs, la partie poursuivante peut également demander dans sa réquisition l'extension de la garantie par gage aux créances de loyer/rente (art. 152 al. 2 LP ; voir OK-Paydar, art. 152 LP N. 23 ss.). En plus de la réquisition de poursuite, le créancier gagiste poursuivant a l'obligation d'informer les éventuels créanciers gagistes subséquents de l'introduction de la poursuite (art. 151 al. 2 LP ; cf. n. 43 ss).

(ii) Après réception de la réquisition de poursuite, l'office des poursuites délivre un commandement de payer. Celui-ci contient les indications mentionnées à l'art. 69 al. 2 LP. En outre, en cas de poursuite en réalisation de gage, il convient de tenir compte des particularités prévues à l'art. 152 al. 1 ch. 1 et 2 LP (objet du gage, délai de paiement particulier et menace) (cf. OK-Paydar, art. 152 LP n. 2 ss ; formulaire-type n° 3a et 3b). Outre le créancier et le débiteur, le commandement de payer est également notifié aux éventuels co-exploitants dans la poursuite en réalisation de gage (art. 70 et art. 153 al. 2 LP). En outre, les autres dispositions générales relatives au commandement de payer s'appliquent à la poursuite en réalisation de gage (art. 153 al. 4 en relation avec les art. 71-73 LP). 15

(iii) Conformément à un renvoi explicite, les dispositions générales relatives à l'opposition et à la mainlevée s'appliquent à la poursuite en réalisation de gage (art. 153 al. 4 en relation avec les art. 74-86 LP). Dans la poursuite en réalisation de gage, il est particulier que - outre le débiteur poursuivi - tous les co-exploitants peuvent également former opposition conformément à l'art. 153 al. 2 et 2bis LP. Pour le reste, le déroulement est en principe le même que dans la procédure d'introduction ordinaire : Le (co-)exploitant peut former opposition (art. 74 ss LP) et la partie poursuivante a ensuite la possibilité de lever l'opposition par le biais d'une mainlevée (provisoire ou définitive) ou d'une action en reconnaissance (art. 79 ss LP). LP ; pour les particularités liées au blocage du loyer/bail à ferme, cf. OK-Paydar, art. 152 LP n. 35 s.). L'opposition permet de contester les points suivants : L'existence, l'étendue et l'exigibilité de la créance ainsi que l'existence et l'étendue du droit de gage. Si la personne poursuivie forme une opposition contre la créance et le droit de gage, la personne poursuivie ne peut faire lever l'opposition que dans la mesure où elle dispose d'un titre de mainlevée pour le droit de gage et la somme mise en gage. 16

(iv) Le système de la poursuite en réalisation de gage est tel que le stade de la saisie est supprimé ; une réquisition de continuer la poursuite n'est donc pas 17

nécessaire. Par conséquent, dès que la partie poursuivante a obtenu un commandement de payer entré en force dans une procédure de poursuite pour dettes en cours et qu'elle respecte les délais minimaux et maximaux prévus à l'art. 154 LP, elle peut déposer une réquisition de vente. Si la partie poursuivante dépose (à tort) une réquisition de continuer la poursuite (art. 88 LP) au lieu d'une réquisition de réalisation, l'office des poursuites doit lui donner l'occasion d'améliorer sa situation (art. 32 al. 4 LP).

18 (v) Dès que la partie poursuivante a déposé la réquisition de vente dans la poursuite en réalisation de gage, la procédure passe au stade de la réalisation. La réalisation du gage est régie, par renvoi, par la procédure de réalisation dans la poursuite par voie de saisie (art. 155 s. LP ; cf. aussi art. 102 ORFI). C'est notamment à ce stade de la procédure que sont menées les éventuelles procédures d'opposition (art. 106 ss LP). Pour les immeubles, l'office des poursuites établit en outre un état des charges et mène la procédure d'apurement des charges (art. 140 LP).

19 (vi) La réalisation de l'objet du gage est suivie de la répartition du produit du gage. Il convient de respecter l'art. 157 LP ainsi que - en raison du renvoi de l'art. 157 al. 4 LP - les art. 147, 148 et 150 LP. Au préalable, les frais d'administration du gage, de réalisation et de répartition doivent être payés sur le produit du gage (art. 157 al. 1 LP) ; notamment les impôts sur les gains immobiliers font partie des frais de réalisation. Le produit restant du gage est utilisé pour désintéresser les créanciers gagistes ; un éventuel excédent revient au propriétaire du gage. Si le produit du gage ne suffit pas à désintéresser tous les créanciers gagistes, une procédure de collocation doit être menée (art. 157 al. 3 LP) ; la publication et la contestation sont régies par les art. 147 et 148 LP. Dans la mesure où le gage n'a pas du tout pu être réalisé en raison du principe de couverture (art. 126 LP) ou d'une renonciation du créancier gagiste (art. 127 LP), ou si le produit du gage ne couvre pas entièrement la créance du créancier gagiste, l'office des poursuites délivre au créancier gagiste poursuivant (et à lui seul) un certificat d'insuffisance de gage (art. 158 al. 1 LP). Il peut, dans un délai d'un mois à compter de la réception du certificat d'insuffisance de gage, requérir la continuation de la poursuite par voie de saisie ou par voie de faillite, sans qu'il soit nécessaire d'établir un nouveau commandement de payer (art. 158 al. 2 LP). En outre, le certificat d'insuffisance de gage est considéré comme une reconnaissance de dette au

sens de l'art. 82 LP et constitue donc un titre de mainlevée provisoire. L'acte d'insuffisance de gage n'est pas un acte de défaut de biens (cf. art. 149 LP).

III. RÉQUISITION DE POURSUITE (AL. 1)

A. Remarques préliminaires

Le créancier gagiste introduit la procédure de poursuite en déposant auprès de l'office des poursuites compétent une réquisition de poursuite écrite ou orale contenant certaines indications (cf. n. 21 ss.). La réquisition est dirigée contre le débiteur de la créance (pas nécessairement identique au propriétaire du gage). Cela nécessite des explications à trois égards : 20

- La forme : Le créancier gagiste peut déposer la réquisition de poursuite oralement ou par écrit (art. 67 LP). Dans le cas d'une réquisition écrite, il est recommandé d'utiliser le formulaire-type fédéral n° 1, bien que son utilisation ne soit pas obligatoire (art. 3 al. 1bis OCR). Le créancier gagiste peut également effectuer la réquisition de poursuite via la plateforme "Easygov" mise à disposition par la Confédération ; le créancier gagiste peut ensuite remettre la réquisition de poursuite remplie à l'office des poursuites par voie électronique (art. 33a al. 1 LP) ou par voie postale (sur papier). Indépendamment de la forme de la réquisition de poursuite et du mode de dépôt, une signature du créancier gagiste poursuivant est nécessaire. Cela vaut même pour les réquisitions de poursuite orales : L'office des poursuites doit reporter les indications orales sur le formulaire modèle n° 1 et fait signer le formulaire par la partie poursuivante (art. 3 al. 2 ORAF). Si la signature fait défaut (ou s'il y a un autre vice de forme susceptible d'être amélioré), cela ne porte pas préjudice ; l'office des poursuites doit donner à la partie poursuivante la possibilité de l'améliorer (art. 32 al. 4 LP).
- Légitimation active : si le droit de gage n'appartient qu'à un seul créancier gagiste, celui-ci a seul la légitimation active pour engager une poursuite en réalisation de gage. Si le droit de gage revient à plusieurs créanciers gagistes en main commune, ceux-ci ne peuvent agir qu'ensemble. En cas de droits de gage de rang différent, chaque créancier gagiste a la légitimité pour agir indépendamment des autres.

- Légitimation passive : la réquisition de poursuite est dirigée contre le débiteur de la créance, qui est normalement aussi le propriétaire du gage. Dans le cas d'un gage de tiers, le débiteur et le propriétaire du gage sont distincts. Néanmoins, le créancier gagiste doit simplement déposer une réquisition de poursuite ; le tiers propriétaire du gage est inclus dans la procédure en tant que co-exploitant (cf. art. 153 al. 2 et 2bis LP).

21 La partie poursuivante doit mentionner dans la réquisition de poursuite toutes les indications prévues aux art. 67 et 151 LP, faute de quoi elle s'expose à ce que la poursuite ou le commandement de payer soit annulé ou déclaré nul sur plainte ; le cas échéant, un délai doit être fixé au préalable à la partie poursuivante pour remédier aux irrégularités (cf. art. 32 al. 4 LP ; à ce sujet, n. 23 et 31 s.). Tout d'abord, chaque réquisition de poursuite doit contenir les indications suivantes : le nom et le domicile du créancier gagiste poursuivant (art. 67 al. 1 ch. 1 LP), le nom et le domicile du débiteur poursuivi (art. 67 al. 1 ch. 2 LP), le montant de la créance (en francs suisses ; art. 67 al. 1 ch. 3 LP) et - s'il existe - le titre de la créance et sa date (art. 67 al. 1 ch. 3 LP). En outre, dans la poursuite en réalisation de gage, la partie poursuivante doit, conformément à l'art. 151 al. 1 LP, requérir la réalisation du gage (n. 23) et fournir des indications sur l'objet du gage (n. 24 s.) et sur les éventuels tiers propriétaires du gage (n. 26 ss.) ; la partie poursuivante doit en outre indiquer si l'immeuble mis en gage est un logement familial ou une habitation commune (n. 38 ss.). Ces points sont expliqués en détail ci-après.

B. Réalisation du gage et objet du gage

22 En principe, la partie poursuivante doit expressément requérir la poursuite en réalisation de gage dans la réquisition de poursuite (voir n. 23) et indiquer l'objet du gage (voir n. 24 s.). A cet égard, il convient de tenir compte de différents points qui sont abordés ci-après.

1. Réquisition de poursuite en réalisation de gage

23 L'office des poursuites n'engage en principe la poursuite en réalisation de gage que si la partie poursuivante dépose une réquisition de poursuite en réalisation de gage correspondante. Cela doit être clarifié à plusieurs égards :

- Il est recommandé à la partie poursuivante de demander expressément la poursuite en réalisation de gage dans les "remarques" de la réquisition de

poursuite (formulaire type n° 1). En effet, on trouve à plusieurs reprises dans la doctrine l'indication selon laquelle l'office des poursuites pourrait conclure à une renonciation à la procédure de réalisation du gage si la partie poursuivante ne demande pas expressément la poursuite en réalisation du gage. A mon avis, cette affirmation doit toutefois être relativisée dans la mesure où il n'est pas nécessaire - surtout pour les non-initiés - de formuler une requête expresse dans la mesure où la partie poursuivante désigne l'objet du gage dans la réquisition de poursuite ; en cas d'ambiguïté, l'office des poursuites doit, le cas échéant, donner à la partie poursuivante la possibilité d'améliorer sa situation (art. 32 al. 4 LP). Si l'office des poursuites procède à une poursuite par voie de saisie ou de faillite malgré une réquisition de vente par gage suffisante, la partie poursuivante peut s'y opposer par le biais d'une plainte (art. 17 LP) et demander la poursuite en réalisation de gage.

- Une partie de la doctrine exige que la partie poursuivante précise (en plus) dans les "remarques" si elle envisage une réalisation du gage immobilier ou du gage mobilier (art. 37 LP). Selon le point de vue défendu ici, il doit déjà suffire que l'indication de l'objet du gage fasse apparaître le type de réalisation du gage que la partie poursuivante envisage (cf. ci-dessus). Si toutefois des incertitudes subsistent quant au mode de réalisation du gage, l'office des poursuites doit donner à la partie poursuivante la possibilité de clarifier ou d'améliorer la situation (art. 32 al. 4 LP).
- En revanche, en l'absence totale d'une indication sur l'objet du gage et d'une réquisition de poursuite en réalisation de gage, l'office des poursuites procède à une poursuite par voie de saisie ou par voie de faillite - sous réserve, bien entendu, de l'objection du beneficium excussionis realis (voir n. 10). L'introduction d'une poursuite ordinaire ne fait toutefois pas perdre au créancier son droit de gage ; dans la mesure où la poursuite ordinaire est suspendue par une opposition ou est devenue caduque en raison de la renonciation du créancier poursuivant - par une déclaration formelle de retrait vis-à-vis de l'office des poursuites -, il peut engager une nouvelle poursuite (en réalisation de gage). Toutefois, s'il a déjà été autorisé à déposer une réquisition de continuer la poursuite dans le cadre de la procédure de poursuite (ordinaire) précédente ou s'il a déjà déposé une telle réquisition, une nouvelle poursuite pour la même créance n'est pas admissible ; le poursuivi doit soulever cette objection par le biais d'une plainte ou d'une opposition.

2. Informations sur l'objet du gage

24 La partie poursuivante doit désigner l'objet du gage le plus précisément possible dans la réquisition de poursuite (il est recommandé d'indiquer notamment le type et le rang du droit de gage ainsi que le lieu de situation), car seuls les objets du gage désignés dans la réquisition peuvent finalement être réalisés. Il suffit que "les indications fournies permettent raisonnablement de déduire l'objet du gage". Il convient d'ajouter les précisions suivantes :

- En présence d'un gage global (c'est-à-dire que plusieurs objets gagés répondent d'une même créance ; cf. art. 798 al. 1 CC concernant les immeubles), la partie poursuivante doit inclure tous les objets gagés dans la poursuite en réalisation de gage. Cela découle de l'art. 816 al. 3 CC, qui s'applique directement à la réalisation du gage immobilier et s'applique par analogie à la réalisation du gage mobilier. En raison du caractère impératif de l'art. 816 al. 3 CC, l'autorité de surveillance doit intervenir d'office si la poursuite n'est pas dirigée contre tous les objets gagés du gage global. Même si plusieurs objets gagés répondent de la créance, la réalisation ne doit être effectuée "que dans la mesure nécessaire" (art. 816 al. 3 CC, dernière partie de la phrase) ; ce principe est concrétisé par l'art. 107 ORFI (application par analogie à la réalisation de gages mobiliers). Si certains objets mis en gage ne sont responsables qu'à titre subsidiaire, l'art. 87 ORFI doit être respecté.
- Les droits de gage immobiliers et mobiliers comprennent également, de par la loi, les accessoires (art. 805 al. 1 ou art. 892 CC). C'est pourquoi le poursuivant n'est pas tenu d'indiquer expressément les éventuels accessoires dans la réquisition de poursuite. Pour les immeubles, l'appartenance est mentionnée dans l'état des charges (art. 34 al. 1 let. a ORFI en relation avec l'art. 102 OLD ; cf. n. 6).
- Le blocage des loyers/baux à ferme (ou l'extension de la garantie aux loyers/baux à ferme) doit être expressément requis ; il n'y a pas d'ordre d'office. La partie poursuivante peut requérir le blocage des intérêts dès la réquisition de poursuite (pour plus de détails, voir OK-Paydar, art. 152 LP n. 23 ss).
- Au moment de l'augmentation de la poursuite, le gage mobilier ne doit pas être présenté à l'office des poursuites ; l'objet du gage ne doit être amené en Suisse que pour être réalisé (voir n. 4). Il est toutefois recommandé

(même si ce n'est pas obligatoire) que la partie poursuivante indique dans sa réquisition où se trouve l'objet du gage mobilier.

L'existence matérielle du droit de gage allégué n'est pas examinée par l'office des poursuites ; l'appréciation matérielle est effectuée par les tribunaux dans les différentes procédures en aval (procédure de mainlevée, de reconnaissance, d'apurement des charges ou d'opposition). Toutefois, s'il ressort des indications fournies par la partie poursuivante que le droit de gage n'existe pas ou fait défaut, l'office des poursuites peut rejeter la réquisition de poursuite. En revanche, un renvoi n'est pas admissible dans la mesure où les indications fournies par la partie poursuivante font apparaître le droit de gage comme possible. 25

C. Propriétaires de gages tiers (al. 1 let. a)

1. Aperçu

La partie poursuivante doit indiquer dans la réquisition de poursuite le "nom[s] du tiers qui a constitué le gage ou qui a acquis la propriété de l'objet gagé" (art. 151 al. 1 let. a LP). En d'autres termes, les éventuels tiers propriétaires de gages doivent être mentionnés dans la réquisition de poursuite avec leur nom (et éventuellement leur domicile ; cf. n. 29 s.). 26

Les tiers propriétaires du gage sont des propriétaires de l'objet du gage qui ne sont pas identiques au débiteur de la créance gagée. Que l'objet du gage se trouvait dès le début en possession du tiers ou que le tiers en ait acquis la propriété ultérieurement ne joue aucun rôle ; conformément à la réglementation expresse, le tiers propriétaire du gage doit être indiqué dans les deux cas. Si l'objet du gage est en copropriété ou en propriété commune du débiteur et d'un tiers, la partie poursuivante doit également indiquer les (autres) copropriétaires ou propriétaires communs dans la requête (cf. art. 88 al. 4 ORFI). 27

2. Indications relatives au tiers propriétaire du gage

Tout comme le créancier poursuivant et le débiteur poursuivi, le propriétaire du gage tiers doit être mentionné de manière claire et non équivoque dans la réquisition de poursuite, faute de quoi la partie poursuivante risque l'annulation ou la nullité du commandement de payer qui en résulte. Cela mérite d'être expliqué : 28

29 (i) Conformément à l'art. 151 al. 1 let. a LP, le créancier doit indiquer le nom du tiers propriétaire du gage dans la réquisition de poursuite. La doctrine ne répond pas de manière uniforme à la question de savoir si le poursuivant doit en outre indiquer le domicile ou l'adresse du tiers propriétaire du gage. Une partie de la doctrine renvoie au libellé clair de la loi, qui exige uniquement l'indication du nom. Une autre partie de la doctrine suppose que la partie poursuivante indique le domicile ou - si le domicile est inconnu - qu'elle fasse au moins expressément référence à cette circonstance.

30 Il est peut-être vrai que l'art. 151 al. 1 let. a LP n'exige que le "nom du tiers". Toutefois, cette justification est insuffisante : la ratio legis de cette disposition suggère de désigner le plus précisément possible le tiers propriétaire du gage afin que l'office des poursuites puisse également lui notifier un commandement de payer (cf. art. 153 al. 2 let. a LP). En l'absence d'indications sur l'adresse, une notification ne peut que difficilement être réalisée. La même idée de base sous-tend l'art. 67 al. 1 ch. 1 et 2 LP, raison pour laquelle cette norme exige expressément que la partie poursuivante indique son domicile et celui de la personne poursuivie. Il s'impose donc d'exiger, outre le nom, des indications sur le domicile du tiers propriétaire du gage - du moins dans les cas où la partie poursuivante connaît ou devrait connaître l'adresse (cf. toutefois n. 32). Si le domicile du tiers propriétaire du gage est inconnu, il convient d'appliquer par analogie l'art. 66 al. 4 LP (avis public).

31 (ii) L'office des poursuites doit reprendre dans le commandement de payer les indications figurant dans la réquisition de poursuite sans les modifier (art. 69 al. 2 ch. 1 LP). Par conséquent, les indications incomplètes, peu claires ou fausses concernant le créancier ou le débiteur poursuivi contenues dans les réquisitions de poursuite peuvent entraîner la nullité du commandement de payer (cf. art. 22 al. 1 LP) - mais uniquement dans les cas où la désignation défectueuse des parties était de nature à induire en erreur et où les intéressés ont effectivement été induits en erreur. En cas d'autres irrégularités qui n'entraînent pas la nullité du commandement de payer, la personne exploitée a la possibilité de faire recours (art. 17 LP) ; si elle omet de faire recours, l'irrégularité est considérée comme réparée.

32 Ce qui précède doit en principe s'appliquer également en cas d'indications incomplètes, peu claires ou fausses concernant le propriétaire du gage tiers, mais l'office des poursuites est régulièrement tenu d'impartir au poursuivant un délai pour remédier aux défauts (cf. art. 32 al. 4 LP). En outre, l'office des

poursuites ne doit pas être trop exigeant en ce qui concerne la désignation du tiers propriétaire du gage, d'autant plus qu'il s'agit d'informations auxquelles les poursuivants n'ont souvent pas ou que difficilement accès. En d'autres termes, même si la partie poursuivante doit en principe indiquer le domicile du tiers propriétaire du gage (voir n. 30 ci-dessus), cela ne peut s'appliquer que dans les cas où la partie poursuivante connaît ou devrait connaître le domicile. L'office des poursuites doit donc faire preuve d'égards si les indications relatives au propriétaire du gage tiers sont incomplètes ou peu claires (cf. n. 33 ss infra concernant les conséquences juridiques de l'absence totale d'indications relatives au propriétaire du gage tiers).

3. Notification ultérieure du commandement de payer

33 Le créancier gagiste poursuivant doit désigner le tiers propriétaire du gage dans la réquisition de poursuite afin que l'office des poursuites puisse également lui notifier un commandement de payer (art. 153 al. 2 let. a LP). Des difficultés peuvent toutefois surgir, car au moment de l'augmentation de la poursuite, la partie poursuivante n'a pas toujours connaissance du rapport de gage de tiers. Ainsi, un rapport de tiers-gagiste peut être établi après la constitution du gage sans que le créancier gagiste en ait été informé (cf. art. 832 al. 1 CC). Dans la mesure où la partie poursuivante n'indique pas le tiers propriétaire du gage dans sa réquisition de poursuite (en connaissance ou en ignorance du rapport de gage de tiers), cela ne porte en principe pas préjudice : dans ce cas - une fois le rapport de gage de tiers connu - le commandement de payer doit être notifié ultérieurement au tiers propriétaire du gage (art. 100 al. 1 et art. 88 al. 1 ORFI ; application analogue à la réalisation de gages en main). Cela peut être illustré comme suit :

34 (i) Même si la notification du commandement de payer peut en principe être effectuée ultérieurement, la partie poursuivante a un intérêt à désigner les propriétaires de gages tiers (connus) dès la réquisition de poursuite. En effet, l'office des poursuites ne demande un extrait du registre foncier qu'après le dépôt de la réquisition de vente (art. 99 al. 1 ORFI). Il peut donc y avoir de grands retards si l'office des poursuites ne notifie le commandement de payer au tiers propriétaire du gage qu'à ce moment-là (plus tard) ; on sait que c'est la notification du dernier commandement de payer qui est déterminante pour le calcul du délai de réalisation (art. 154 LP) (art. 98 al. 1 LP).

35 (ii) Tant que l'office des poursuites n'a pas procédé à la réalisation (donc même après le dépôt de la réquisition de vente), l'office des poursuites peut rattraper la notification du commandement de payer au tiers propriétaire du gage (cf. art. 100 al. 1 ORFI). Avant que l'office des poursuites ne puisse procéder à la réalisation, il convient de tenir compte des éléments suivants : Premièrement, le dernier commandement de payer ou celui qui a été notifié ultérieurement doit également être entré en force. Cela signifie que la partie poursuivante doit avoir levé une éventuelle opposition du propriétaire du gage tiers (cela vaut bien entendu aussi pour toutes les autres propositions juridiques). Deuxièmement, le délai minimal de réalisation d'un ou de six mois (art. 154 LP) doit être écoulé depuis la notification du dernier commandement de payer (art. 98 al. 1 ORFI). Le tiers propriétaire du gage est toutefois autorisé à renoncer à la notification ultérieure et au délai minimal.

36 (iii) Il importe peu que le rapport de tiers-gagiste ait existé avant l'introduction de la poursuite ou qu'il ait été établi ultérieurement. En principe, dans les deux cas, la notification du commandement de payer au (nouveau) tiers propriétaire du gage doit être effectuée ultérieurement. Cela vaut même si l'office des poursuites a déjà notifié un commandement de payer au vendeur et que celui-ci n'a pas fait opposition. Sont réservés les cas où la restriction du droit de disposer a été annotée au registre foncier (art. 90 et 97 ORFI). Dans ce cas, le nouveau propriétaire du gage n'a pas droit à la notification (ultérieure) du commandement de payer (art. 88 al. 2 et art. 100 al. 2 ORFI ; à ce sujet, OK-Paydar, art. 152 LP n. 18 ss).

37 (iv) Si l'office des poursuites a procédé à la réalisation sans notifier un commandement de payer au tiers propriétaire, cela entraîne la nullité de la réalisation (acte de poursuite sans commandement de payer valable). Dans ce cas, l'adjudication prononcée ne déploie aucun effet et l'office des poursuites doit fixer une nouvelle date de vente aux enchères dès que le commandement de payer notifié ultérieurement est également entré en force. En cas de non-respect des délais minimaux, il convient de respecter l'art. 9 al. 2 et 3 OCR ; le cas échéant, le tiers propriétaire peut déposer une plainte selon l'art. 17 LP (pas de nullité ; cf. à ce sujet OK-Paydar, art. 152 LP n. 14).

D. Logement familial/habitation commune (al. 1 let. b)

38 Si l'immeuble mis en gage sert de logement familial (art. 169 CC) ou de logement commun (art. 14 LP) au débiteur poursuivi ou au tiers propriétaire

du gage (art. 151 al. 1 let. b LP), la partie poursuivante doit mentionner cette circonstance dans la réquisition de poursuite.

Comme le texte de loi l'indique déjà, l'art. 151 al. 1 let. b LP doit être lu conjointement avec l'art. 169 CC (concernant l'art. 14 LP, voir les remarques sous n. 42). Selon l'art. 169 CC, un époux ne peut aliéner le logement familial ou limiter ses droits sur celui-ci qu'avec le consentement exprès de l'autre époux. Cette disposition vise à éviter que "l'époux qui détient les droits réels ou obligatoires sur le logement de la famille ne prive l'autre époux, contre sa volonté, du logement qui lui est vital". Afin de mettre en œuvre ce principe également dans la poursuite en réalisation de gage, le législateur a introduit l'art. 151 al. 1 let. b LP (et art. 153 al. 2 let. b LP) : Selon cette disposition, l'office des poursuites doit également notifier le commandement de payer au conjoint et celui-ci peut s'opposer à la poursuite par voie d'opposition (art. 153 al. 2 et 2bis LP). 39

En raison du renvoi à l'art. 169 CC, il convient d'interpréter la notion de "logement familial" utilisée dans la LP de la même manière que dans le CC. En bref, le logement familial est "le lieu où se situe le centre de la vie conjugale et familiale". En principe, cela ne s'applique qu'à un seul logement. C'est pourquoi les résidences secondaires et de vacances ne sont pas considérées comme des logements familiaux. En outre, seuls les époux mariés (avec ou sans enfants) peuvent se prévaloir de l'article 169 CC, la simple intention de créer un logement familial ne suffisant pas - le couple doit avoir effectivement occupé le logement. 40

Il n'est pas toujours évident pour la partie poursuivante de savoir si l'immeuble mis en gage est un logement familial. Ainsi - selon la jurisprudence du Tribunal fédéral - toute mise en gage d'un logement familial ne nécessite pas le consentement de l'autre époux (cf. art. 169 CC), raison pour laquelle le créancier gagiste ne peut pas toujours connaître la situation du logement du propriétaire gagiste. Il peut donc arriver que la partie poursuivante ne mentionne pas ou ne puisse pas mentionner le logement familial dans la réquisition de poursuite. Cela n'a toutefois pas de conséquences immédiates : L'office des poursuites peut notifier ultérieurement le commandement de payer à l'autre conjoint au cours de la procédure de poursuite (art. 88 al. 1 et art. 100 al. 1 ORFI ; les explications relatives aux propriétaires de gages tiers [n. 33 ss] s'appliquent mutatis mutandis ici également). Si un changement d'affectation intervient au cours de la procédure de poursuite (c'est-à-dire 41

que l'immeuble gagé sert désormais de logement familial), il faut également procéder à une notification ultérieure du commandement de payer. Le conjoint (non poursuivi) peut obtenir la notification du commandement de payer au moyen d'une plainte LP. Si l'office des poursuites a procédé à la réalisation alors qu'il n'a pas notifié de commandement de payer à l'époux (non poursuivi), cela entraîne la nullité de la réalisation (acte de poursuite sans commandement de payer valable).

42 La notion de "logement commun" (art. 14 LPart) correspond pour l'essentiel à la description du logement familial (n. 40). Les explications ci-dessus (n. 38-41) s'appliquent mutatis mutandis aux immeubles gagés qui servent de logement commun. En outre, l'art. 151 al. 1 let. b LP ne s'applique pas aux autres formes de communautés d'intérêts entre époux ou partenaires enregistrés ; notamment, l'époux (non poursuivi) ne doit pas être mentionné dans la réquisition de poursuite dans la mesure où la poursuite a pour objet un immeuble gagé qui constitue uniquement une entreprise agricole - exploitée en commun par les deux époux - (art. 40 LDFR).

IV. OBLIGATION D'INFORMER EN CAS DE MISE EN GAGE SUBSÉQUENTE (AL. 2)

43 L'art. 151 al. 2 LP impose au créancier gagiste poursuivant (antérieur), dans le cadre d'une poursuite en réalisation de gage mobilier, une obligation d'informer lorsque l'objet du gage est grevé d'un droit de gage subséquent (art. 886 CC) : Le créancier gagiste poursuivant (antérieur) doit informer le créancier gagiste postérieur de l'introduction de la poursuite (pour les cas spéciaux, voir N. 45). L'obligation d'informer s'applique également à la mise en gage subséquente de créances et d'autres droits, bien que l'art. 151 al. 2 LP ne fasse pas expressément référence à l'art. 903 CC (cf. toutefois l'art. 899 al. 2 CC, qui renvoie aux dispositions relatives au gage mobilier). En revanche, dans la poursuite en réalisation de gage immobilier, l'avis aux autres intéressés se fait au moyen d'un avis officiel spécial (cf. art. 139 LP et art. 30 et 102 ORFI).

44 L'obligation d'informer n'existe que si un droit de gage subséquent a été constitué. Outre les conditions générales (contrat de gage et créance à

garantir), il faut pour cela deux choses (art. 886 CC ; réglementation similaire à l'art. 903 CC) :

- Premièrement, le créancier gagiste (précédent) doit avoir été informé par écrit (art. 12 ss. CO) de la mise en gage subséquente. L'obligation de notification incombe en principe au constituant du gage (gagiste), ce qui découle du texte de loi français. Toutefois, le constituant du gage peut autoriser le créancier gagiste subséquent à informer lui-même le créancier gagiste antérieur. Pour des raisons de clarté, il convient de noter que l'obligation d'informer prévue à l'art. 886 CC ne doit pas être confondue avec celle prévue à l'art. 151 al. 2 LP : la première disposition s'applique au constituant du gage, tandis que la seconde oblige le créancier gagiste (poursuivant) qui précède.
- Deuxièmement, le constituant du gage doit ordonner au créancier gagiste (précédent) de restituer le gage au créancier gagiste suivant après avoir été désintéressé. L'accord du créancier gagiste précédent n'est en revanche pas nécessaire.

Le créancier gagiste poursuivant (précédent) (expéditeur) doit informer le 45
créancier gagiste subséquent (destinataire) de l'introduction de la poursuite. Cela nécessite une clarification à deux égards :

- S'il existe plusieurs créancières gagistes subséquentes, la créancière gagiste poursuivante (antérieure) doit informer toutes les créancières gagistes subséquentes.
- Selon le libellé de l'art. 151 al. 2 LP, seule la créancière gagiste poursuivante (précédente) est tenue d'informer les autres. C'est pourquoi une partie de la doctrine est d'avis que le créancier postgagiste poursuivant n'a pas à informer le(s) créancier(s) gagiste(s) antérieur(s). Cette partie de la doctrine fait toutefois remarquer que la créancière gagiste (antérieure) - dès qu'elle a connaissance de la poursuite - doit informer les créancières gagistes postérieures qui précèdent la créancière gagiste postérieure poursuivante (par analogie avec l'art. 151 al. 2 LP). L'autre partie de la doctrine est d'avis que la créancière post-gagiste poursuivante est tenue d'informer les créancières gagistes antérieures. En raison des intérêts comparables en jeu, il se justifie à mon avis d'imposer, par le biais d'une extension téléologique, une obligation d'informer le créancier gagiste subséquent (également à

l'égard des créanciers gagistes antérieurs), dans la mesure où il engage une poursuite.

46 L'avis n'est soumis à aucune forme particulière et peut donc être donné par écrit, oralement ou sous une autre forme. Étant donné que l'omission de la notification peut avoir certaines conséquences (cf. n. 48), il est recommandé d'effectuer la notification sous une forme pouvant être prouvée (p. ex. par lettre recommandée).

47 La loi ne précise pas à quel moment le créancier gagiste poursuivant doit procéder à la notification. Il ressort uniquement de l'art. 151 al. 2 LP qu'il doit informer le créancier gagiste subséquent de l'introduction de la poursuite - un moment précis n'est pas fixé. Il est toutefois recommandé au créancier gagiste poursuivant (antérieur) d'informer rapidement après l'introduction de la poursuite, faute de quoi il s'expose au risque d'être tenu de verser des dommages-intérêts (cf. ci-après).

48 L'absence d'avis (ou l'avis tardif) n'a aucun effet sur la procédure de poursuite. En revanche, la doctrine indique à plusieurs reprises que le créancier gagiste poursuivant peut être tenu de verser des dommages-intérêts au créancier gagiste subséquent s'il (la partie poursuivante) a omis de l'informer. Sur le principe, cela n'est pas contestable, d'autant plus que l'omission d'informer (ou l'information tardive) peut avoir pour conséquence que la créancière gagiste subséquente ne peut plus faire valoir ses droits (cf. n. 49). La question se pose toutefois de savoir sur quelle base légale ce droit à des dommages-intérêts peut s'appuyer - à quelques exceptions près, cette question n'est pas abordée dans la doctrine. Voici quelques réflexions à ce sujet :

- En règle générale, il n'existe pas de contrat entre le créancier gagiste antérieur et le créancier gagiste postérieur, de sorte qu'une responsabilité extracontractuelle selon l'art. 41 CO entre en premier lieu en ligne de compte. Il est toutefois difficile d'évaluer si toutes les conditions de responsabilité de l'art. 41 CO sont effectivement remplies en cas d'omission de l'avis. La question centrale est de savoir en quoi consiste l'illicéité en cas de violation de l'obligation d'informer : selon l'opinion défendue ici, on peut argumenter que l'art. 151 al. 2 LP constitue une norme de protection, car celle-ci vise - du moins dans un sens large - à protéger le patrimoine (cf. aussi N. 49). Si, en revanche, le caractère de norme protectrice de l'art. 151 al. 2 LP devait être nié, on ne voit pas de

quoi l'illicéité pourrait être déduite dans ces cas ; le créancier posthume ne peut notamment pas s'appuyer sur l'art. 2 CC, car cette disposition ne peut servir de norme protectrice que dans des cas exceptionnels (qui, à mon avis, ne sont pas présents ici).

- Outre la responsabilité extracontractuelle, la créancière post-gagiste pourrait également s'appuyer sur l'art. 97 al. 1 CO, même si - comme mentionné - il n'existe pas de relation contractuelle. Pour ce faire, il est nécessaire de jeter un coup d'œil sur le droit de restitution du créancier gagiste subséquent envers le créancier gagiste antérieur : Selon une partie de la doctrine, il existe entre ces deux créanciers gagistes ce que l'on appelle un "rapport d'obligation légal", auquel l'art. 97 al. 1 CO s'applique par analogie. Si la créancière gagiste précédente viole son obligation (légale) de remise, la créancière gagiste suivante peut faire valoir une prétention en dommages-intérêts contre la créancière gagiste précédente. Si l'on transpose cette idée à l'art. 151 al. 2 LP, le créancier gagiste subséquent a la possibilité - en se fondant sur cette obligation légale - de réclamer des dommages-intérêts au créancier gagiste poursuivant (antérieur) en cas de violation de l'obligation d'informer (par analogie avec l'art. 97 al. 1 CO).

Le but de l'obligation d'informer, respectivement la ratio legis de l'art. 151 al. 2 LP, est de permettre au créancier gagiste postérieur de sauvegarder ses droits sur l'objet du gage en l'informant. Cela implique notamment ce qui suit : 49

- Afin d'empêcher la réalisation du gage, le créancier gagiste subséquent a la possibilité de régler la dette (étrangère) du débiteur poursuivi envers le créancier gagiste précédent (ce qu'on appelle le rachat/l'encaissement). La créancière gagiste subrogée acquiert ainsi à la fois la créance de la créancière gagiste précédente et son droit de gage (subrogation ; art. 110 ch. 1 CO). En d'autres termes, le nouveau créancier gagiste est subrogé dans la position de créancier (y compris les droits accessoires) du créancier gagiste précédent (effet rétroactif). Pour le droit de substitution de la propriétaire en matière de droit de gage immobilier, il convient de respecter l'art. 827 CC.
- Le cas échéant, la créancière gagiste postérieure doit faire valoir son droit de gage dans le cadre d'une procédure d'opposition (art. 155 al. 1 en relation avec les art. 106 ss LP). La condition de base pour la mise en œuvre de la procédure d'opposition est l'annonce de la prétention du tiers

(art. 106 al. 2 LP), raison pour laquelle il est indiqué d'informer à temps de l'introduction de la poursuite. La procédure d'opposition sert en premier lieu à clarifier les prétendus droits de tiers extérieurs (en l'occurrence le créancier gagiste ci-après) sur l'objet du gage. En outre, cette procédure doit également traiter d'éventuels litiges de rang concernant différents droits de gage.

- Enfin, le créancier gagiste subséquent peut avoir besoin d'acheter l'objet du gage aux enchères publiques (art. 125 ss LP). Dans ce contexte, il convient d'attirer l'attention sur le principe de couverture qui doit en principe être respecté lors d'une vente aux enchères. En vertu de ce principe, l'adjudication ne peut avoir lieu que si l'offre dépasse le montant des éventuelles créances de rang supérieur de la créancière poursuivante (art. 126 al. 1 LP). Est considéré comme "créancier poursuivant" le créancier à la demande duquel la surenchère a été ordonnée (cf. art. 105 al. 1 ORFI). "Formulé de manière positive, le produit de la réalisation doit donc seulement [...] dépasser la somme des créances gagées dont le rang est supérieur à la créance de rang le plus élevé pour laquelle la réalisation a été requise". Pour la constellation avec un créancier gagiste antérieur et un créancier gagiste postérieur, cela signifie ce qui suit : Si le créancier gagiste précédent a engagé la poursuite en réalisation de gage et demandé la réalisation, le principe de couverture n'a pas d'effet sur le prix minimal d'adjudication ; du point de vue du poursuivant (créancier gagiste précédent), il n'existe pas de créances antérieures. La situation doit être jugée différemment lorsque le créancier gagiste postérieur demande la poursuite en réalisation de gage : Dans ce cas, il convient de respecter le principe de couverture.

BIBLIOGRAPHIE

Acocella Domenico, Kommentierungen zu Art. 38 und 41 SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., Basel 2021.

Amonn Kurt/Walther Fridolin, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013.

Baeriswyl Dominik/Milani Dominik/Schmid Jean-Daniel, Kommentierung zu Art. 33 SchKG, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik (Hrsg.), Schulthess

Kommentar (SK) zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), 4. Aufl., Zürich 2017.

Bahar Rashid/Peyer Martin, Kommentierung zu Art. 31 BEG, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Wertpapierrecht, Basel 2012.

Bauer Thomas/Bauer Christoph, Kommentierungen zu Art. 884, 886, 891, 894 und 903 ZGB, in: Geiser Thomas/Wolf Stephan (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 7. Aufl., Basel 2023.

Bernheim Marc/Känzig Philipp/Geiger Gaudenz, Kommentierungen zu Art. 151–153, 154, 155 und 158 SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., Basel 2021.

Brand Eduard, Die betreibungsrechtliche Zwangsverwertung von Grundstücken im Pfandverwertungsverfahren, Ein Handbuch für die Praxis, Zürich 2008 (zit. Brand, Handbuch).

Brand Ernst, Betreibung auf Pfandverwertung, SJK (Schweizerische Juristische Kartothek) Nr. 991, Genf 1949 (zit. Brand, SJK).

Brändli Gian, Kommentierung zu Art. 14 PartG, in: Breitschmid Peter/Jungo Alexandra (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Band I: Personen- und Familienrecht, 1–456 ZGB, Partnerschaftsgesetz, 3. Aufl., Zürich 2016.

Brehm Roland, Berner Kommentar, Art. 41–61 OR, 5. Aufl., Bern 2021.

Emmenegger Susan/Tschentscher Axel, Kommentierung zu Art. 1 ZGB, in: Berner Kommentar, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012.

Erne Urs, Mehrfache Verpfändung von Mobilien und Rechten, Zürich 1996 (Diss. Zürich).

Feuz Andreas, Kommentierung zu Art. 140 SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., Basel 2021.

Foëx Bénédict, Kommentierung zu Art. 151 SchKG, in: Dallèves Louis/Foëx Bénédict/Jeandin Nicolas (Hrsg.), Commentaire Romand, Poursuite et faillite, Basel 2005.

Fritzsche Hans/Walder-Bohner Hans Ulrich, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band I: Allgemeine Lehren, Das Einleitungsverfahren, Die Betreibung auf Pfändung und auf Pfandverwertung, 3. Aufl., Zürich 1984.

Gauch Peter/Schluep Walter R./Emmenegger Susan, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, Zürich 2022.

Gilliéron Pierre-Robert, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Band II: art. 89–158 LP, Lausanne 2000.

Gütlin Rolf/Kuhn Gerhard, Kapitel E.IV, in: Schlegel Roger/Zopfi Markus (Hrsg.), Die betreibungsrechtliche Zwangsverwertung von Grundstücken in Theorie und Praxis, Zürich 2019, S. 182–307.

Hausheer Heinz/Reusser Ruth E./Geiser Thomas, Berner Kommentar, Art. 159–180 ZGB, 2. Aufl., Bern 1999.

Heinel Bastian, Zwangsverwertung von Drittpfändern im Unternehmenskonkurs, Zürich 2022 (Diss. Luzern).

Higi Peter/Bühlmann Anton/Wildisen Christoph, Zürcher Kommentar, Art. 266–268b OR, 5. Aufl., Zürich 2020 (zit. ZK-Higi/Anton bzw. ZK-Higi/Wildisen).

Hürlimann-Kaup Bettina, Die sachenrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2017 und 2018, ZBJV 2019, S. 569–613.

Jaeger Carl/Walder Hans Ulrich/Kull Thomas M., Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), Erläutert für den praktischen Gebrauch, Art. 89–158 SchKG, 5. Aufl., Zürich 2006.

Jent-Sørensen Ingrid, Kommentierungen zu Art. 38 und 41 SchKG, in: Hunkeler Daniel (Hrsg.), Kurzkommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, 2. Aufl., Basel 2014.

Käser Christoph/Häcki Kathrin, Kommentierung zu Art. 151 SchKG, in: Hunkeler Daniel (Hrsg.), Kurzkommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, 2. Aufl., Basel 2014.

Kofmel Ehrenzeller Sabine, Kommentierung zu Art. 67 SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., Basel 2021.

Kren Kostkiewicz Jolanta, Schuldbetreibungs- & Konkursrecht, 3. Aufl., Zürich 2018 (zit. Kren Kostkiewicz, SchKG).

Kren Kostkiewicz Jolanta, Kommentierungen zu Art. 85, 87, 88, 100, 102 und 107 VZG, in: Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz (Hrsg.), Kurzkommentar VZG, Verordnung über die Zwangsverwertung von Grundstücken, Wädenswil 2011 (zit. KUKO-Kren Kostkiewicz).

Kuhn Gerhard, Kommentierung zu Art. 34 VZG, in: Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz (Hrsg.), Kurzkommentar VZG, Verordnung über die Zwangsverwertung von Grundstücken, Wädenswil 2011 (zit. KUKO-Kuhn).

Kuhn Hans, Schweizerisches Kreditsicherungsrecht, 2. Aufl., Bern 2023 (zit. Kuhn, Kreditsicherungsrecht).

Larenz Karl/Canaris Claus-Wilhelm, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin 1995.

Limacher Fabienne/Dürr Samuel, § 15 Gesetzliches Pfandrecht, in: Zweifel Martin/Beusch Michael/Oesterhelt Stefan (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Immobiliensteuern, Basel 2021.

Maier Philipp/Schwander Ivo, Kommentierung zu Art. 169 ZGB, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 7. Aufl., Basel 2022.

Milani Dominik, Kommentierungen zu Art. 33 und 37 SchKG, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik (Hrsg.), Schulthess Kommentar (SK) zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), 4. Aufl., Zürich 2017.

Müggler Patrick, Kapitel E.I–III, in: Schlegel Roger/Zopfi Markus (Hrsg.), Die betreibungsrechtliche Zwangsverwertung von Grundstücken in Theorie und Praxis, Zürich 2019, S. 155–181.

Nordmann Francis/Oneyser Stéphanie, Kommentierungen zu Art. 32, 33 und 37 SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., Basel 2021.

Oftinger Karl/Bär Rolf, Zürcher Kommentar, Art. 884–918 ZGB, 3. Aufl., Zürich 1981.

Polivka Lukas, Kommentierung zu Art. 268–268b OR, in: SVIT (Hrsg.), Das schweizerische Mietrecht, Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2018 (zit. SVIT-Polivka).

Rampini Corrado/Schulin Hermann, Kommentierung zu Art. 895 ZGB, in: Geiser Thomas/Wolf Stephan (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 7. Aufl., Basel 2023.

Reetz Peter/Graber Michael, Kommentierung zu Art. 110 OR, in: Furrer Andreas/Schnyder Anton K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Band V: Obligationenrecht, Allgemeinen Bestimmungen, Art. 1–183 OR, 3. Aufl., Zürich 2016.

Roth Jürg, Kommentierung zu Art. 126 SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., Basel 2021.

Rüetschi Sven/Domenig Benjamin, Kommentierungen zu Art. 151 und 152 SchKG, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik (Hrsg.), Schulthess Kommentar (SK) zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), 4. Aufl., Zürich 2017.

Schellenberg Claus, Die Rechtsstellung des Dritteigentümers in der Betreibung auf Pfandverwertung, Zürich 1968 (Diss. Zürich).

Schmid Jörg/Hürlimann-Kaup Bettina, Sachenrecht, 6. Aufl., Zürich 2022.

Schmid-Tschirren Christina, Kommentierungen zu Art. 794, 805, 816 und 818 ZGB, in: Geiser Thomas/Wolf Stephan (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 7. Aufl., Basel 2023 (zit. BSK-Schmid-Tschirren).

Schmid-Tschirren Christina, Kommentierung zu Art. 886 ZGB, in: Büchler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Kurzkommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2018 (zit. KUKO-Schmid-Tschirren).

Schumacher Rainer/Rey Pascal, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Zürich 2021.

Spühler Karl/Dolge Annette, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht I, Betreibungs- und Arrestrecht, 8. Aufl., Zürich 2020.

Staehelin Daniel, Kommentierung zu Art. 84 SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK-Staehelin).

Staehelin Daniel, Kommentierung zu Art. 846 ZGB, in: Geiser Thomas/Wolf Stephan (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 7. Aufl., Basel 2023 (zit. BSK-Staehelin).

Staehelin Daniel, Die internationale Zuständigkeit der Schweiz im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, AJP 1995, S. 259–284 (zit. Staehelin, AJP 1995).

Staehelin Daniel, Betreibung und Rechtsöffnung beim Schuldbrief, AJP 1994, S. 1255–1272 (zit. Staehelin, AJP 1994).

Steinauer Paul-Henri, Les droits réels, Tome III, Servitudes personnelles, Charges foncières, Droits de gage immobiliers, Droits de gage mobiliers. 5. Aufl., Bern 2021.

Stoffel Walter A./Chabloz Isabelle, Voies d'exécution, Poursuite pour dettes, exécution de jugements et faillite en droit suisse, 3. Aufl., Bern 2016.

Thurnherr Christoph, Kommentierung zu Art. 836 ZGB, in: Geiser Thomas/Wolf Stephan (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 7. Aufl., Basel 2023.

Weber Rolf H./Emmenegger Susan, Berner Kommentar, Art. 97–109 OR, 2. Aufl., Bern 2020.

Weber Rolf H./von Graffenried Caroline, Berner Kommentar, Art. 110–113 OR, 2. Aufl., Bern 2022.

Wiegand Wolfang, Kommentierung zu Art. 97 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020.

Wolf Stephan/Genna Gian Sandro, Zürcher Kommentar, Partnerschaftsgesetz, Zürich 2007.

Wüthrich Karl/Schoch Peter, Kommentierung zu Art. 69 SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., Basel 2021.

Zellweger-Gutknecht Corinne, Kommentierung zu Art. 110 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020.

Zobl Dieter, Berner Kommentar, Art. 888–915 ZGB, 2. Aufl., Bern 1996.

Zobl Dieter/Thurnherr Christoph, Berner Kommentar, Art. 884–887 ZGB, 3. Aufl., Bern 2010.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 152 LP

Un commentaire de Ramin Paydar

PROPOSITION DE CITATION

Ramin Paydar, Commentaire de l'art. 152 LP, in: Pasquier Bruno/Heinzmann Michel (édit.), Commentaire en ligne de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite

Citation abrégée: OK-Paydar, art. 152 LP N. XXX.

B. Commandement de payer

1. Contenu. Avis aux locataires et aux fermiers

Art. 152

[1] Dès réception de la réquisition de poursuite, l'office des poursuites rédige le commandement de payer conformément à l'art. 69 sauf les modifications ci-après:

1. le délai de paiement est d'un mois, s'il s'agit d'un gage mobilier; de six mois s'il s'agit d'un gage immobilier;

2. l'avertissement porte que le gage sera réalisé si le débiteur n'obtempère pas au commandement de payer ou ne forme pas opposition.

[2] S'il s'agit d'un immeuble loué ou affermé et si le créancier gagiste poursuivant exige que le gage comprenne les loyers et fermages (art. 806 CC), l'office des poursuites avise de la poursuite les locataires et les fermiers et les invite à payer en ses mains les loyers et fermages qui viendront à échéance.

TABLE DES MATIÈRES

I. Aperçu 112
II. Contenu du commandement de payer (al. 1) 112
A. Remarques préliminaires 112
B. Objet du gage 113
C. Délais de paiement (al. 1, ch. 1) 113
1. Remarques préliminaires 113
2. Début du délai 114
3. Fin du délai 115
4. Respect du délai 117
5. Obligation de respecter le délai 117
D. Menace de réalisation du gage (al. 1, ch. 2) 118
E. Pour le créancier gagiste : mention de la restriction du droit de disposer (art. 90 ORFI) 119
III. Blocage des loyers/baux à ferme (al. 2) 122
A. Aperçu 122
B. Champ d'application 122
C. Conditions 125
D. Procédure 127
E. Conséquences juridiques 132
F. Questions particulières 134
1. Paiement d'acomptes 134
2. Plusieurs créanciers gagistes 135
3. Litiges relatifs à la titularité de la créance de loyer/rente 136
4. Cas de double paiement 136
Bibliographie 137

I. APERÇU

1 L'art. 152 LP règle deux choses :

- Après réception de la réquisition de poursuite, l'office des poursuites délivre sans retard inutile le commandement de payer (art. 69 al. 1 et art. 152 al. 1 LP) afin de le notifier au débiteur poursuivi et aux éventuels co-poursuivants (art. 153 LP ; cf. aussi art. 71 al. 1 LP). Le contenu du commandement de payer est déterminé en premier lieu par l'art. 69 al. 2 LP ; l'art. 152 al. 1 LP prévoit quelques particularités pour la poursuite en réalisation de gage (cf. la note marginale ; n. 2 ss).
- S'il existe des contrats de location ou de bail à ferme sur l'immeuble mis en gage, le créancier gagiste poursuivant peut demander ce que l'on appelle un blocage des loyers/fermages ; les locataires/fermiers doivent en être informés (art. 152 al. 2 LP ; n. 23 ss).

II. CONTENU DU COMMANDEMENT DE PAYER (AL. 1)

A. Remarques préliminaires

2 L'art. 69 al. 2 et l'art. 152 al. 1 LP règlent le contenu du commandement de payer. Tout d'abord, le commandement de payer doit reprendre les indications de la réquisition de poursuite (art. 69 al. 2 ch. 1 LP) : L'art. 67 et l'art. 151 al. 1 LP indiquent au créancier gagiste poursuivant les indications qu'il doit mentionner dans la réquisition (pour plus de détails, voir OK-Paydar, art. 151 LP, n. 21 ss) ; le poursuivant doit notamment indiquer l'objet du gage (voir n. 5 s.) et les personnes impliquées (créancier gagiste poursuivant, débiteur poursuivi et éventuels tiers propriétaires du gage). En outre, le commandement de payer doit contenir une sommation selon laquelle le débiteur poursuivi doit, dans un délai déterminé, désintéresser la partie poursuivante pour la créance et les frais de poursuite (art. 69 al. 2 ch. 2 LP) ; en dérogation à la procédure d'introduction ordinaire, la loi fixe des délais de paiement plus longs pour la poursuite en réalisation de gage (art. 152 al. 1 ch. 1 LP ; à ce sujet, n. 7 ss.). Le commandement de payer doit en outre indiquer que la personne poursuivie peut former opposition dans les dix jours suivant la notification du commandement de payer (art. 69 al. 2 ch. 3 LP). Enfin, le commandement de payer doit contenir la menace que l'objet du gage sera

réalisé si l'exploitant ne donne pas suite au commandement de payer ou ne forme pas opposition (art. 152 al. 1 ch. 2 LP ; à ce sujet, n. 16 s.).

La personne poursuivie peut se plaindre des défauts du contenu du commandement de payer au moyen d'un recours selon l'art. 17 LP. Dans des cas exceptionnels, un vice peut entraîner la nullité du commandement de payer. 3

Pour le commandement de payer, il convient d'utiliser le modèle de formulaire n° 3a (réalisation du gage mobilier) ou 3b (réalisation du gage immobilier). 4

B. Objet du gage

Le créancier gagiste poursuivant doit désigner le plus précisément possible l'objet du gage dans sa réquisition de poursuite (cf. OK-Paydar, art. 151 LP n. 24), afin que l'office des poursuites puisse reprendre ces indications dans le commandement de payer. Si le commandement de payer ne contient pas d'indications sur l'objet du gage, sa réalisation ultérieure n'est pas autorisée. 5

L'existence matérielle du droit de gage allégué n'est en principe pas examinée par l'office des poursuites (pour plus de détails, voir OK-Paydar, art. 151 LP, n. 25). 6

C. Délais de paiement (al. 1, ch. 1)

1. Remarques préliminaires

Dans la procédure de poursuite ordinaire, le délai de paiement à fixer est de vingt jours (art. 69 al. 2 ch. 2 LP). Dans la poursuite en réalisation de gage, la loi prévoit des délais de paiement plus longs (art. 151 al. 1 ch. 1 LP) : 7

- un mois en réalisation de gage mobilier (cf. art. 37 al. 2 LP)
- six mois en réalisation de gages immobiliers (cf. art. 37 al. 1 LP).

Les délais de paiement plus longs dans la poursuite en réalisation de gage sont justifiés par le fait que la période entre la notification du commandement de payer et le stade de la réalisation est raccourcie (le stade de la saisie est supprimé dans la procédure de réalisation du gage). Le débiteur doit également disposer de suffisamment de temps dans la poursuite en réalisation de gage pour rembourser la créance du créancier poursuivant et éviter ainsi la 8

réalisation de l'objet du gage. En conséquence, la partie poursuivante ne peut pas entreprendre d'autres actes de poursuite avant l'expiration du délai de paiement (délai de réflexion). En d'autres termes, le dépôt d'une réquisition de vente n'est admissible qu'après l'expiration du délai (cf. art. 154 al. 1 LP ; voir aussi N. 14).

2. Début du délai

9 La notification du commandement de payer déclenche le délai de paiement (cf. aussi art. 154 al. 1 LP). Le début du délai est généralement déterminé par l'art. 142 al. 1 et 2 CPC (art. 31 LP). Comme il s'agit ici de délais d'un mois, seul l'art. 142 al. 2 CPC s'applique - du moins selon l'opinion défendue ici (voir en détail N. 10) ; le délai commence donc en principe à courir le jour de la notification du commandement de payer. Il convient d'ajouter ce qui suit :

- Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la notification du commandement de payer est un acte de poursuite au sens de l'art. 56 LP. C'est pourquoi la notification pendant le délai de grâce (ou délai de blocage ; voir à ce sujet l'énumération de l'art. 56 LP) ne déploie des effets juridiques (efficacité différée) que le premier jour après l'expiration de ce délai ; selon l'opinion défendue ici, le délai commence donc à courir le premier jour après l'expiration du délai de grâce (art. 142 al. 2 CPC ; ex. : notification du commandement de payer le dimanche - efficacité de la notification et début du délai le lundi). Ce qui précède ne s'applique pas aux cas régis par l'art. 57 LP (l'exploitant est au service militaire, dans la protection civile ou dans le service civil) et dans certaines constellations de l'art. 59 LP ; dans ces cas, les actes de poursuite pendant la suspension sont nuls. Dans la mesure où la suspension de droit a déjà duré trois mois, le commandement de payer doit tout de même être notifié en cas de réalisation du gage immobilier (art. 57b al. 2 LP), c'est-à-dire que le délai peut commencer à courir dans ces cas pendant la suspension de droit.
- Si, contrairement à l'opinion défendue ici, une application cumulée de l'art. 142 al. 1 et 2 CPC devait être admise - comme le défend une partie de la doctrine (voir N. 10), non seulement les délais journaliers, mais aussi les délais mensuels commenceraient à courir le lendemain de la notification du commandement de payer (ex. : notification le 15 février 2023 - début du délai le 16 février 2023). Le délai commence à courir le jour suivant la notification, même si ce jour (le premier jour du délai ou le jour suivant la

notification) est un samedi, un dimanche ou un jour férié reconnu par l'État. Pour la notification un dimanche ou un jour férié reconnu par l'Etat (à l'exception des samedis qui ne sont pas couverts par l'art. 56 ch. 1 LP) ou pendant d'autres délais de grâce, ce qui a été dit dans le lemme précédent s'applique : pour autant que l'acte de poursuite ne soit pas nul, la notification pendant le délai de grâce ne déploie d'effets juridiques que le lendemain de son expiration ; par conséquent, le délai commence à courir - selon cette partie de la doctrine - le deuxième jour après l'expiration du délai de grâce (art. 142 al. 1 CPC ; ex. : notification du commandement de payer le dimanche - effet de la notification le lundi - début du délai le mardi).

- Dans la mesure où il y a une notification ultérieure à un tiers propriétaire de gage ou - dans le cas d'un logement familial/commun - à un conjoint/partenaire enregistré, la notification du dernier commandement de payer est déterminante pour le début du délai (cf. art. 98 al. 1 et art. 100 al. 1 ORFI ; cf. OK-Paydar, art. 151 LP n. 35).

3. Fin du délai

Les délais de paiement selon l'art. 152 al. 1 ch. 1 LP sont conçus comme des délais mensuels (un mois ou six mois). Par conséquent, le délai prend fin le dernier mois, le jour qui porte le même chiffre que le jour où le délai a commencé à courir (art. 142 al. 2 CPC et art. 31 LP ; cf. aussi N. 9). Cela nécessite la clarification suivante : 10

- Le calcul des délais d'un mois est controversé dans la doctrine et - dans le contexte de l'art. 142 CPC - n'a pas (encore) été clarifié de manière définitive par la plus haute instance judiciaire. D'un côté, le libellé de l'art. 142 al. 1 et 2 CPC suggère un cumul de ces alinéas : si la notification du commandement de payer (dans la réalisation du gage mobilier) a lieu par exemple le 15 février 2023, le délai d'un mois commence à courir le 16. Si le délai commence à courir le 16 février 2023 (al. 1 ; "les délais [...] commencent à courir le jour suivant"), il se termine le 16 mars 2023 à 24 heures (al. 2 ; "il [le délai] prend fin, au cours du dernier mois, le jour qui porte le même chiffre que le jour où le délai a commencé à courir"). D'un autre côté, la systématique indique une autre direction : en droit suisse, le dernier jour du délai mensuel porte généralement le même chiffre que le jour de l'événement déclencheur du délai (c'est le cas, par exemple, de l'art.

77, al. 1, ch. 3, CO, de l'art. 31 CP, de l'art. 45 LTF et de l'art. 38 LPGA) ; ainsi, dans l'exemple ci-dessus, le délai expirerait déjà le 15 mars 2023 à 24 heures. Ce calcul du délai est également conforme à la Convention européenne sur la computation des délais (RS 0.221.122.3) et est étayé par l'élément d'interprétation téléologique : Une application cumulée de l'art. 142 al. 1 et 2 CPC conduirait à une prolongation d'un jour du délai d'un mois, ce qui ne correspond pas au sens et au but de cette norme. Les règles de calcul de l'art. 142 CPC, tant à l'al. 1 qu'à l'al. 2, ont pour seul objectif de ne compter que les jours entièrement disponibles dans les délais ; un cumul conduirait donc à un privilège contraire à l'objectif pour les délais mensuels - par rapport aux délais déterminés en jours. En l'absence d'indications contraires dans l'historique, il convient, selon le point de vue défendu ici, de rejeter le cumul ; dans l'exemple ci-dessus, le délai prend donc fin à juste titre le 15 (et non le 16) mars 2023 à 24 heures.

- Si le dernier jour d'un délai tombe un samedi, un dimanche ou un jour férié reconnu par l'Etat, le délai prend fin le jour ouvrable suivant (art. 142 al. 3 CPC). Cela ne vaut toutefois que si la fin du délai ne tombe pas en même temps pendant les vacances de la poursuite ou la suspension du droit (voir lemme suivant). Par souci d'exhaustivité, il convient de préciser que les périodes de fermeture au sens de l'art. 56, ch. 1 LP (notamment les dimanches et les jours fériés reconnus par l'Etat) ne sont pas comprises dans le champ d'application de l'art. 63 LP ; ainsi, le délai n'est pas prolongé de trois jours si le délai prend fin un samedi, un dimanche ou un jour férié reconnu par l'Etat.
- Si la fin du délai tombe pendant les vacances de la poursuite ou la suspension du droit, le délai est prolongé jusqu'au troisième jour suivant la fin de ces vacances ; le samedi, le dimanche et les jours fériés reconnus par l'Etat ne sont pas pris en compte dans le calcul du délai (art. 63 LP). En d'autres termes, le délai est prolongé "jusqu'à la fin du troisième jour ouvrable". Si le dernier jour des vacances de la poursuite ou de la suspension du droit est un samedi, un dimanche ou un jour férié reconnu par l'Etat, il n'y a pas d'application cumulative de l'art. 63 LP et de l'art. 142 al. 3 CPC (cf. ci-dessus). Par conséquent, les vacances de la poursuite et la suspension du droit peuvent également prendre fin un samedi, un dimanche ou un jour férié reconnu par l'Etat, ce qui a pour conséquence que le délai supplémentaire court à partir du premier jour ouvrable suivant. Exemple : si les vacances de la poursuite se terminent le samedi, le

délai supplémentaire court à partir du lundi (et non du mardi) et se termine le mercredi.

4. Respect du délai

Le respect des délais est régi par l'art. 143 CPC (art. 31 LP). Ainsi, le débiteur poursuivi doit payer le montant réclamé (y compris les frais de poursuite ; art. 68 LP) au plus tard le dernier jour du délai (jusqu'à 24h00) afin de respecter le délai de paiement. En cas de paiement bancaire, le dernier jour du délai doit être débité du compte pour que le délai soit respecté (cf. art. 143 al. 3 CPC). Il convient d'ajouter deux choses : 11

- Le débiteur peut verser le montant exigé (y compris les frais de poursuite) au créancier ou à l'office des poursuites pour le compte du créancier (art. 12 al. 1 LP) et ainsi éteindre la créance. Ce n'est que dans cette dernière variante que le paiement entraîne l'extinction immédiate de la poursuite (art. 12 al. 2 LP) ; en revanche, en cas de paiement à la créancière, le débiteur doit, en cas de litige, demander au juge l'annulation de la poursuite conformément aux art. 85/85a LP. En cas de paiement à l'office des poursuites, un émolument est dû (art. 19 OEmol LP), qui fait partie intégrante des frais de poursuite et doit donc être supporté par le débiteur (art. 68 LP).
- Si le débiteur ne paie pas avant l'expiration du délai de paiement, cela n'a pas de conséquences immédiates pour lui. Ainsi, il peut continuer à rembourser ses dettes après l'expiration du délai de paiement et provoquer l'extinction (art. 12 al. 2 LP) ou l'annulation (art. 85 et 85a LP) de la procédure de poursuite. Il convient toutefois de tenir compte des points suivants : Les délais de paiement (art. 152 al. 1 ch. 1 LP) correspondent aux délais minimaux pour la réalisation (art. 154 LP ; la suspension des délais qui y est prévue ne s'applique pas aux délais minimaux). Par conséquent, si le commandement de payer est entré en force, le créancier peut déposer la réquisition de vente dès que le délai de paiement ou le délai minimal pour la réalisation est écoulé. Après l'expiration du délai, il n'y a donc qu'un laps de temps très court pour empêcher la réalisation de l'objet mis en gage.

5. Obligation de respecter le délai

Le délai de paiement ou le délai minimal (art. 154 ou art. 152 al. 1 ch. 1 LP ; cf. sur l'interaction entre ces deux délais n. 11) sert uniquement les intérêts du 12

débiteur poursuivi. Par conséquent, le débiteur - contrairement au créancier poursuivant (cf. ci-après) - n'est pas lié par ces délais (cf. art. 33 al. 3 LP). Dans la mesure où le débiteur est également propriétaire du gage, il peut demander la réalisation avant l'expiration du délai de paiement ou du délai minimal (art. 124 al. 1 en relation avec l'art. 156 al. 1 LP) ; en cas de réalisation du gage immobilier, cela est également possible, mais il faut (en plus) l'accord exprès de tous les créanciers saisissants et hypothécaires (art. 133 al. 2 en relation avec l'art. 156 al. 1 LP).

13 Les tiers propriétaires de gage et les conjoints/partenaires enregistrés ont la possibilité, en cas de notification ultérieure (au sens de l'art. 100 al. 1 ORFI), de renoncer au respect du délai de paiement ou du délai minimal de réalisation.

14 En revanche, le créancier poursuivant est tenu de respecter le délai de paiement ou le délai minimal de la réalisation. Il n'est donc pas autorisé à déposer une demande de réalisation avant l'expiration du délai. S'il dépose tout de même la réquisition avant l'expiration du délai, l'office des poursuites la retourne avec la remarque "prématurée, recevable seulement le ..." (art. 9 al. 2 ORAF). Font exception les réquisitions de vente qui parviennent à l'office des poursuites avec deux jours d'avance au maximum : L'office des poursuites les accepte, mais la date de réception est celle à partir de laquelle la requête est recevable (art. 9 al. 3 ORAF). Si l'office des poursuites donne suite à une réquisition de vente déposée trop tôt, la personne poursuivie a la possibilité de déposer une plainte conformément à l'art. 17 LP (pas de nullité). En ne déposant pas de plainte, le débiteur poursuivi renonce au respect des délais.

15 Le délai de paiement ou le délai minimal de réalisation sont des délais de réflexion qui ne peuvent être ni prolongés ni rétablis (cf. art. 33 LP).

D. Menace de réalisation du gage (al. 1, ch. 2)

16 Le débiteur poursuivi doit être menacé dans le commandement de payer de la réalisation de l'objet du gage s'il ne donne pas suite au commandement de payer ou ne forme pas opposition (en raison du système, l'art. 69 al. 2 ch. 4 LP contient une autre réglementation pour la procédure de poursuite ordinaire). Par conséquent, dès que le créancier poursuivant a obtenu un commandement de payer exécutoire dans une procédure de poursuite pour

dettes en cours et qu'il respecte les délais minimaux et maximaux prévus à l'art. 154 LP, il peut déposer la réquisition de vente.

Par conséquent, l'exploitant peut éviter la réalisation en satisfaisant le créancier (en payant la créance de la poursuite ; cf. n. 11) ou en formant opposition dans le délai imparti (art. 74 LP). Il convient d'ajouter ce qui suit à ce dernier point : 17

- Dans la poursuite en réalisation de gage, l'opposition peut porter non seulement sur "l'existence, l'étendue ou l'exigibilité de la créance, mais aussi sur l'existence du droit de gage". Si rien d'autre n'est mentionné dans l'opposition, celle-ci porte à la fois sur la créance et sur le droit de gage (cumulativement). Pour la réalisation du gage immobilier, cette règle figure expressément à l'art. 85 al. 1 ORFI. Une telle disposition fait défaut en matière de réalisation de gage mobilier. En raison de la similitude des intérêts en jeu, il se justifie toutefois d'appliquer l'art. 85 al. 1 LAC par analogie à la réalisation du gage mobilier ; l'art. 74 al. 2 LP contient une idée similaire, raison pour laquelle on parvient au même résultat en appliquant cette norme (par analogie). Si une application par analogie devait être rejetée, il existe à mon avis une présomption naturelle/de fait selon laquelle l'opposition se rapporte à la créance et au droit de gage.
- Si la personne poursuivie veut contester soit uniquement le droit de gage, soit la créance (alternative), elle doit le mentionner expressément dans l'opposition (cf. art. 74 al. 2 LP).
- Outre le débiteur poursuivi, les éventuels co-poursuivants peuvent également former opposition (art. 153 al. 2 et 2bis LP).

E. Pour le créancier gagiste : mention de la restriction du droit de disposer (art. 90 ORFI)

Dans la poursuite par voie de saisie, il est interdit au débiteur, sous peine de sanctions pénales, de disposer des biens saisis sans l'autorisation de l'office des poursuites (art. 96 LP). Une telle disposition n'existe pas dans la poursuite en réalisation de gage. Par conséquent, même après l'introduction de la poursuite en réalisation de gage, le propriétaire du gage peut prendre des dispositions sans restriction sur l'objet du gage. Dans le cadre de la réalisation du gage immobilier, l'annotation d'une restriction du droit de disposer au registre foncier (art. 960 al. 1 ch. 1 CC) permet de remédier - du moins 18

partiellement - à cette situation : à certaines conditions (cf. n. 20), le créancier gagiste poursuivant peut exiger de l'office des poursuites qu'il requière une restriction du droit de disposer auprès de l'office du registre foncier pour l'annotation (art. 90 al. 1 ORFI). L'office des poursuites doit attirer l'attention de la partie poursuivante sur cette possibilité dans le commandement de payer (art. 90 al. 2 ORFI). Cela nécessite une explication à quatre égards :

19 (i) L'art. 90 ORFI régit la restriction facultative du droit de disposer. Il convient de la distinguer de la restriction obligatoire du droit de disposer prévue à l'art. 97 ORFI. Dès que le poursuivant a déposé la réquisition de vente, l'office des poursuites doit requérir d'office une restriction du droit de disposer au sens de l'art. 960 CC pour annotation au registre foncier (art. 97 al. 1 ORFI) - ceci sous réserve qu'il n'existe pas déjà une annotation au sens de l'art. 90 ORFI (art. 97 al. 2 ORFI). La limitation facultative du droit de disposer intervient donc dans les cas où la partie poursuivante souhaite déjà limiter le droit de disposer avant l'expiration du délai de paiement ou du délai minimal de six mois (art. 152 al. 1 ch. 1 LP ; art. 154 al. 1 LP). Cela peut s'avérer nécessaire lorsque le propriétaire du gage veut aliéner l'objet du gage pendant la procédure de poursuite en cours afin de faire traîner la procédure (cf. art. 88 et 100 ORFI ; à ce sujet n. 21 et OK-Paydar, art. 151 LP n. 33 ss).

20 (ii) La partie poursuivante ne peut exiger l'annotation d'une restriction du droit de disposer que dans le cadre d'une poursuite en réalisation de gage immobilier ; la poursuite en réalisation de gage mobilier ne connaît pas une telle protection. En outre, les conditions suivantes sont requises (alternative) :

- Les (co)exploitants n'ont pas formé d'opposition ou ils n'ont pas déposé l'opposition dans les formes ou les délais requis (art. 90 al. 1 ch. 1 ORFI).
- L'opposition valablement formée a été définitivement levée par jugement (procédure de mainlevée ou procédure ordinaire) ou par retrait (art. 90 al. 1 ch. 2 ORFI). Une mainlevée provisoire suffit également ; il importe peu que le délai de vingt jours pour l'action en déchéance soit encore en cours ou qu'une telle action soit déjà pendante (art. 83 al. 2 LP). En d'autres termes, une mention peut être requise en cas de mainlevée provisoire, même en l'absence d'un commandement de payer entré en force.

21 (iii) La restriction au droit de disposer est "rendue opposable à tout droit acquis ultérieurement par l'annotation" (art. 960 al. 2 CC). Cela ne signifie toutefois pas que la restriction du droit de disposer annotée empêche le

propriétaire de disposer de son immeuble (ceci contrairement au blocage du registre foncier) ; par conséquent, l'annotation n'a pas non plus pour but de garantir le substrat de la responsabilité. En revanche, en cas de restriction du droit de disposer annotée, un tiers qui acquiert des droits sur l'immeuble gagé doit accepter la poursuite de la procédure de poursuite. C'est un avantage pour la partie poursuivante dans la mesure où - du point de vue temporel - une disposition sur l'immeuble gagé pendant la procédure de poursuite en cours n'a pas d'effet. Cela mérite d'être expliqué :

- En principe, le tiers propriétaire du gage est considéré comme un co-exploitant. Le commandement de payer doit donc lui être notifié, contre lequel il peut faire opposition (art. 153 al. 2 let. a LP). Le fait que le rapport de gage de tiers existait déjà avant l'introduction de la poursuite ou qu'il n'ait été établi qu'ultérieurement ne joue en principe aucun rôle (concernant l'exception ci-après). Tant que l'office des poursuites n'a pas procédé à la réalisation (donc même après le dépôt de la réquisition de vente), la notification du commandement de payer au tiers propriétaire du gage peut être effectuée ultérieurement (cf. art. 88 al. 1 et art. 100 al. 1 LP ; à ce sujet, OK-Paydar, art. 151 LP n. 33 ss). La notification ultérieure peut toutefois entraîner des retards importants : D'une part, le commandement de payer délivré ultérieurement doit également entrer en force avant de pouvoir procéder à la réalisation. D'autre part, le délai minimal de six mois (art. 154 al. 1 LP) ne commence à courir qu'à partir de la notification du dernier commandement de payer (art. 98 al. 1 ORFI).
- Une notification ultérieure du commandement de payer n'est toutefois requise qu'en l'absence d'une restriction du droit de disposer inscrite (art. 88 al. 2 ORFI ; art. 100 al. 2 ORFI). Si un tiers acquiert l'objet du gage après que la restriction du droit de disposer a été annotée au registre foncier, ce tiers ne doit pas être traité comme un co-exploitant. Le (nouveau) tiers propriétaire du gage et - s'il s'agit d'un logement familial/commun - son conjoint/partenaire enregistré ne peuvent donc pas faire opposition et doivent accepter la continuation de la procédure de poursuite (cf. art. 960 al. 2 CC).
- En revanche, en cas de création ultérieure d'un logement familial/d'un logement commun ("changement d'affectation"), la question de savoir si le conjoint/partenaire enregistré fait partie ou non des coexploitants en cas de restriction du droit de disposition annoncée est controversée. La

solution médiane défendue par Kren Kostkiewicz est convaincante : tant qu'une réquisition de vente n'a pas été déposée, il convient de tenir compte des éventuels "changements d'affectation" ; en d'autres termes, l'office des poursuites doit notifier ultérieurement un commandement de payer au conjoint/partenaire enregistré. Si un "changement d'affectation" intervient après le dépôt de la réquisition de vente, il n'est pas nécessaire de procéder à une notification ultérieure au conjoint/partenaire enregistré.

22 (iv) Les annotations qui contreviennent aux art. 90 ou 97 ORFI ne sont pas nulles, mais ne peuvent être attaquées que par un recours selon l'art. 17 LP.

III. BLOCAGE DES LOYERS/BAUX À FERME (AL. 2)

A. Aperçu

23 L'étendue de la garantie par gage (à distinguer de l'étendue de la sûreté ; cf. OK-Paydar, art. 151 LP n. 6 s.) traite de la question de savoir quels objets/créances constituent le substrat de la garantie et peuvent donc être réalisés en cas de défaut de paiement du débiteur. En ce qui concerne les gages immobiliers, l'étendue de la garantie est déterminée par les art. 805 f. CC : En premier lieu, le droit de gage immobilier comprend l'immeuble avec ses parties intégrantes et ses accessoires (art. 805 al. 1 CC). Pour les immeubles loués/affermés (cf. n. 25), la garantie s'étend en outre à la créance de loyer/rente qui s'est accumulée "depuis l'ouverture de la poursuite en réalisation du gage immobilier ou depuis l'ouverture de la faillite du débiteur jusqu'à la réalisation" (art. 806 al. 1 CC). Cela ne vaut toutefois pas sans conditions : le créancier gagiste doit expressément requérir l'extension de la garantie auprès de l'office des poursuites (art. 152 al. 2, 1ère partie de la LP ; n. 28) et verser une avance de frais (n. 30). Si les conditions sont remplies, l'office des poursuites informe les locataires/locataires (ou autres débiteurs d'intérêts ; voir N. 25) de l'augmentation de la poursuite et leur ordonne de payer à l'office des poursuites les loyers/loyers échus (c'est ce qu'on appelle le blocage des loyers/loyers ; art. 152 al. 2, 2e partie de la LP ; voir N. 39).

B. Champ d'application

24 (i) En dehors d'une faillite ou d'une procédure concordataire, le créancier gagiste peut uniquement demander, dans le cadre d'une poursuite en

réalisation de gage immobilier (cf. art. 41 LP), que le droit de gage soit étendu aux créances de loyers/loyers. Il convient d'ajouter ce qui suit :

- Dans la poursuite en réalisation de gage mobilier, l'extension de la garantie et le blocage des intérêts ne sont en principe pas prévus (cf. art. 152 al. 2 LP, qui se réfère aux immeubles). Ainsi, le droit de gage mobilier n'englobe de par la loi que les fruits naturels ; les fruits civils (notamment les loyers/loyers) ne tombent pas sous le coup de la garantie par gage (cf. art. 892 al. 2 CC). Il est toutefois permis d'étendre contractuellement la garantie par gage aux fruits civils ; il n'est pas clair si un blocage des intérêts peut également être ordonné dans ces cas. A mon avis, il n'y a pas de raisons qui excluraient d'emblée une application par analogie de l'art. 152 al. 2 LP dans la poursuite en réalisation de gage mobilier.
- Si les parties ont constitué un gage mobilier sur une cédule hypothécaire (garantie dite indirecte), la poursuite en réalisation de gage mobilier doit en règle générale être introduite ; dans ce cas, il n'est pas possible d'ordonner un blocage des intérêts (cf. ci-dessus). Les parties peuvent toutefois conclure un accord différent dans le contrat de gage (droit de confiscation et de résiliation), afin que le créancier gagiste ait la possibilité d'engager directement une poursuite en réalisation de gage immobilier ; la voie est ainsi ouverte pour ordonner un blocage des intérêts.
- Dans la poursuite par voie de saisie, l'extension de la garantie par gage est exclue conformément à l'art. 806 CC. Il convient toutefois de noter que les loyers et fermages en cours sont considérés de par la loi comme saisis avec l'immeuble (cf. art. 102 LP ainsi que art. 14 et art. 15 al. 1 let. b ORFI) ; en revanche, tous les créanciers saisissants bénéficient dans ce cas des loyers et fermages échus.

(ii) L'art. 805 CC soumet les fruits naturels à la garantie par gage ; l'art. 806 CC règle la même chose pour les fruits civils. La loi mentionne expressément les loyers et les fermages comme étant des fruits civils. En revanche, l'affirmation selon laquelle une extension n'est possible que dans la mesure où il existe un contrat de bail à loyer ou à ferme est imprécise. Cela nécessite des explications à plusieurs égards : 25

- En premier lieu, l'extension de la garantie par gage concerne les loyers/loyers perçus par le propriétaire du gage dans le cadre d'un contrat de location/bail à ferme (art. 253 ss. et art. 275 ss. CO). Seuls les intérêts à

payer effectivement sont couverts par la garantie par gage. La garantie s'étend même aux créances de loyer/bail à ferme qui contreviennent aux dispositions légales (p. ex. art. 269 ss. CO), tant que le locataire/fermier n'a pas obtenu une réduction (judiciaire) des intérêts.

- La rémunération versée pour l'octroi d'un droit de jouissance réel constitue également des fruits civils au sens de l'art. 806 CC ; la garantie par gage peut donc également être étendue à ces revenus. Sont notamment concernés les revenus de l'usufruit (art. 745 ss CC), du droit d'habitation (art. 776 ss CC) et du droit de superficie (art. 779 ss CC ; rentes du droit de superficie). Les explications relatives aux loyers/baux à ferme s'appliquent donc mutatis mutandis également à la rémunération des droits réels de jouissance (pour des raisons de lisibilité, nous renonçons à une différenciation terminologique dans la suite du texte).
- Un prêt à usage selon les art. 305 ss. CO est par nature gratuit ; en conséquence, une extension de la garantie par gage n'entre pas en ligne de compte. Le remboursement des frais dû par l'emprunteur (art. 307 al. 1 CO) n'est pas un fruit civil au sens de l'art. 806 CC, raison pour laquelle une extension est exclue. Si le débiteur utilise lui-même l'objet du gage, une extension n'est pas non plus possible.
- Selon le Tribunal fédéral, les créances du propriétaire de l'hôtel envers ses clients et les clients du restaurant ne sont pas soumises à la garantie par gage. Il n'est pas certain que cela s'applique également à d'autres rapports juridiques mixtes. On peut tout de même retenir qu'il sera en général possible d'exclure la composante du loyer (cf. art. 93 al. 2 ORFI).
- La situation n'est pas claire en ce qui concerne les sous-locations et les rapports avec des tiers : Selon l'opinion minoritaire, le droit de gage englobe également les intérêts de sous-location/sous-bail, le créancier hypothécaire ne pouvant néanmoins pas recourir deux fois au paiement des intérêts ; le locataire/sous-bailleur "dont les revenus de sous-location sont saisis par le créancier de son bailleur supérieur peut compenser une créance en dommages-intérêts correspondante avec sa dette de loyer" (même résultat pour le rapport de sous-bail). Une autre partie de la doctrine défend l'opinion contraire et refuse l'extension aux loyers de sous-location/sous-location. Selon le Tribunal fédéral, les créances du propriétaire de l'hôtel envers le gérant qui gère l'hôtel pour le compte du

propriétaire foncier (rapport de tiers) ne sont pas soumises à la garantie par gage.

(iii) La garantie par gage ne concerne - d'un point de vue temporel - que les loyers courants (voir toutefois n. 29). Les loyers/loyers dus avant l'augmentation de la réalisation du gage immobilier ou après la réalisation (ou après la fin de la réalisation du gage ; cf. à ce sujet N. 37) ne sont pas couverts par le droit de gage (cf. art. 806 al. 1 CC). 26

(iv) D'un point de vue personnel, seul le créancier gagiste poursuivant a le privilège de demander l'extension de la garantie par gage. Un créancier hypothécaire non poursuivant n'en a pas le droit ; en conséquence, il n'a pas non plus droit à des acomptes (cf. art. 95 al. 1 ORFI ; cf. n. 42). 27

C. Conditions

Pour que la poursuite en réalisation de gage (cf. n. 24) aboutisse à une extension du droit de gage et finalement à un blocage du loyer/du fermage, il faut - outre l'existence de revenus de loyers/de fermages (ou d'autres fruits civils ; cf. n. 25) - deux choses : 28

(i) requête du créancier gagiste poursuivant : le poursuivant doit demander expressément l'extension du gage ; l'extension n'a pas lieu - dans la poursuite en réalisation de gage - de par la loi. Elle peut le faire dès la réquisition de poursuite, mais il est également admissible de requérir l'extension à un moment ultérieur. Cela mérite d'être expliqué : 29

- Si la partie poursuivante requiert l'extension dans la réquisition de poursuite, les loyers/loyers échus à partir de cette date sont soumis à la garantie par gage (cf. art. 91 al. 1 ORFI ; cf. toutefois la remarque sous le 4e lemme concernant les intérêts échus).
- Si la partie poursuivante dépose la requête à une date ultérieure, il n'y a pas d'effet rétroactif. L'extension ne déploie ses effets qu'à partir du moment où la partie poursuivante demande l'extension ; la garantie ne couvre donc que les loyers/loyers échus après la date de la demande (cf. ci-dessus). Il est donc recommandé à la partie poursuivante de requérir l'extension suffisamment tôt, dans le meilleur des cas en même temps que la réquisition de poursuite.

- Par la suite, le poursuivant ne peut demander l'extension que s'il n'y a pas renoncé de manière irrévocable. Une renonciation peut être expresse ou tacite, l'absence de demande dans la réquisition de poursuite ne constituant pas à elle seule une renonciation (irrévocable). En d'autres termes, la partie poursuivante a la possibilité de renoncer provisoirement à l'extension. Dès que l'extension de la garantie a eu lieu, la partie poursuivante ne peut renoncer à l'extension que pour les loyers/loyers à venir.
- La question se pose de savoir si la garantie peut également être étendue aux loyers/loyers qui étaient déjà échus avant le dépôt de la demande, mais qui n'ont pas encore été payés par le débiteur d'intérêts - en retard - (loyers/loyers en retard). Dürr est d'avis que la ratio legis de l'art. 91 al. 1 ORFI permettrait d'étendre la garantie par gage aux loyers/loyers échus. Le libellé clair de l'art. 91 al. 1 ORFI s'y oppose toutefois, raison pour laquelle une extension aux loyers/baux à loyer échus doit être rejetée.
- On trouve sporadiquement dans la doctrine l'indication selon laquelle le droit de gage sur les loyers/loyers peut être exercé de manière autonome dans la poursuite en réalisation de gage - c'est-à-dire sans réalisation de l'immeuble. Il ne faut pas comprendre par là qu'une réquisition de poursuite en réalisation de gage portant uniquement sur les loyers/loyers est recevable ; l'hypothèque légale de créance sur les loyers/loyers doit être invoquée conjointement avec le droit de gage immobilier sous-jacent dans le cadre d'une poursuite en réalisation de gage immobilier (ce que l'on appelle l'accessoriété ; cf. art. 806 al. 1 CC et n. 24). Par "indépendant", il faut entendre qu'il n'est pas nécessaire de réaliser l'immeuble grevé pour que le créancier gagiste poursuivant puisse se satisfaire des loyers/fermages perçus (cf. n. 37). Si les loyers encaissés (et/ou d'autres revenus) suffisent déjà à couvrir les créances et les frais de poursuite, il n'est pas nécessaire de réaliser l'immeuble mis en gage ; cela est également important en relation avec les acomptes selon l'art. 95 ORFI (cf. n. 42 ss, en particulier n. 44). Il convient de mentionner l'art. 111 al. 2 ORFI, selon lequel, même en cas de réalisation infructueuse de l'immeuble, les revenus de la location/du bail sont attribués au créancier gagiste poursuivant.

30 (ii) Paiement de l'avance de frais : l'ancienne version de l'art. 91 al. 1 ORFI exigeait explicitement le paiement d'une avance de frais pour le blocage du loyer/bail à ferme. Une telle indication fait défaut dans la version actuelle de

l'art. 91 al. 1 ORFI. Néanmoins, le versement d'une avance de frais constitue - selon le point de vue défendu ici - une condition préalable à la décision de blocage du loyer/bail à ferme. Cela découle de la règle générale de l'art. 68 al. 1 LP : selon cette disposition, la partie poursuivante doit avancer les frais de poursuite ; si elle ne s'acquitte pas de cette obligation d'avance, l'office des poursuites peut provisoirement renoncer à l'acte de poursuite. Les frais de poursuite comprennent notamment les émoluments pour la constatation des baux à loyer et à ferme (art. 17 OEmol LP ; cf. n. 32) et pour la gestion des immeubles (art. 27 OEmol LP ; cf. n. 41).

D. Procédure

Après que le créancier gagiste poursuivant a déposé la requête d'extension et versé l'avance de frais requise (cf. ci-dessus), différentes étapes de la procédure suivent : 31

(i) Constatation des contrats de location/bail : L'office des poursuites constate "dès réception de la réquisition de poursuite si des contrats de bail à loyer ou à ferme existent sur l'immeuble et, le cas échéant, lesquels" (art. 91 al. 1 ORFI). L'office des poursuites interroge à cet effet le débiteur et/ou le tiers propriétaire du gage ; tous deux sont tenus de fournir des renseignements sur les éventuels contrats de location/bail à ferme, sous peine d'être punissables (art. 91 LP ; art. 323 s. CP). Si l'office des poursuites constate que l'immeuble gagé est loué/affermé (ou qu'il existe une situation de fait comparable ; voir n. 25), la procédure se poursuit. Dans le cas contraire, les étapes suivantes de la procédure sont superflues - l'office des poursuites ne peut pas prononcer de blocage des intérêts. 32

(ii) Avis au locataire/fermier (art. 152 al. 2 LP et art. 91 al. 1 LCR ; formulaire LCR n° 5, art. 7 LP) : l'office des poursuites informe ensuite immédiatement le locataire/fermier de l'augmentation de la poursuite. Dans l'avis, il ordonne au locataire/fermier - en attirant son attention sur le risque de double paiement - de verser à l'office des poursuites les loyers/loyers échus (blocage des loyers/loyers). Ce n'est qu'à partir de cet avis que le blocage des intérêts déploie ses effets pour le locataire/fermier (art. 806 al. 2 CC) ; après réception de l'avis, ce 33

dernier ne peut plus payer le bailleur/fermier (en général le propriétaire du gage) avec effet libératoire (cf. N. 39 et N. 48). Il convient d'ajouter ce qui suit :

- La compétence en matière d'avis incombe à l'office des poursuites ; une communication purement privée (p. ex. par le créancier gagiste) ne déploie aucun effet de blocage.
- Pour que l'office des poursuites puisse adresser l'avis au locataire/fermier ou ordonner le blocage des intérêts, la procédure de poursuite doit être engagée au préalable - par la notification du commandement de payer à la personne exploitée (art. 38 al. 2 LP). Un commandement de payer notifié pendant le délai de grâce (art. 56 LP) ne déploie ses effets que le premier jour après l'expiration du délai de grâce ; il faut donc attendre la fin du délai de grâce pour que l'office des poursuites puisse ordonner le blocage des intérêts. Pour ordonner la suspension des intérêts, il importe peu que celle-ci intervienne pendant les vacances de la poursuite (art. 56, ch. 2, LP) ou pendant une suspension de droit accordée au débiteur ou au propriétaire du gage (art. 56, ch. 3, LP) - tant que l'office des poursuites notifie le commandement de payer avant le début des vacances de la poursuite ou de la suspension de droit, l'office des poursuites doit prononcer la suspension des intérêts (art. 91, al. 2, ORFI). Cette réglementation est parfois critiquée dans la doctrine : comme la suspension des intérêts présuppose une notification préalable du commandement de payer, il peut parfois y avoir des retards considérables (vacances de la poursuite et suspension du droit) avant que la suspension des intérêts ne déploie ses effets. Pour des raisons compréhensibles, cette partie de la doctrine plaide donc pour qu'un blocage des intérêts soit ordonné dès le dépôt de la réquisition de poursuite ; les éventuelles périodes de grâce n'auraient alors aucune influence sur le blocage des intérêts. De cette manière, on parvient à réaliser au mieux le but de la suspension des intérêts, à savoir la garantie provisoire des loyers/baux à ferme.
- La saisie d'un immeuble porte notamment sur les loyers/baux à ferme en cours (art. 102 al. 1 LP ; art. 14 al. 1 ORFI). C'est pourquoi l'office des poursuites doit également informer le locataire/fermier dans la poursuite par voie de saisie "qu'à l'avenir, ils ne pourront valablement payer les loyers (fermages) qu'à l'office des poursuites" (art. 15 al. 1 let. b LAC ; cf. art. 102 al. 2 LP). Dans ce cas, il n'est pas nécessaire d'adresser un avis supplémentaire

au locataire/fermier dans une poursuite en réalisation de gage ultérieure (art. 91 al. 2, 2e phrase, 1re partie de l'ORFI). Il en va de même si une nouvelle réquisition de poursuite en réalisation de gage est déposée ou si l'immeuble est saisi (art. 91 al. 2, 2e phrase, 2e partie de l'ORFI).

(iii) Avis au propriétaire du gage (art. 92 al. 1 ORFI ; formulaire ORFI n° 6, art. 8 LP) : en même temps que l'avis au locataire/fermier (n. 33), l'office des poursuites informe le propriétaire du gage (débiteur ou tiers propriétaire) de l'extension de la garantie par gage. L'office des poursuites attire l'attention du propriétaire du gage sur le fait qu'il lui est interdit, sous peine de sanctions pénales (art. 292 CP), de recevoir des paiements d'intérêts ou de conclure des actes juridiques à leur sujet. 34

(iv) Exception du propriétaire du gage : Le propriétaire du gage (débiteur ou tiers propriétaire) peut, dans les dix jours à compter de la notification de l'avis (art. 92 al. 1 ORFI ; n. 34), soulever une exception auprès de l'office des poursuites. Par celle-ci, il peut faire valoir que le droit de gage ne porte pas sur les loyers/loyers ou qu'il ne porte que sur une partie de ceux-ci (art. 93 al. 2 ORFI). L'office des poursuites doit attirer séparément l'attention du propriétaire du gage sur cette possibilité d'objection dans l'avis (art. 92 al. 2 ORFI). Il convient de tenir compte des points suivants lors de la présentation de l'exception : 35

- Selon le texte de la loi, l'objection doit être faite "en indiquant les motifs et [...] les montants partiels contestés" (art. 92 al. 2 dernière partie de la phrase ORFI). L'office des poursuites ne doit cependant pas se montrer trop exigeant quant à cette motivation.
- Le délai de dix jours est déclenché par l'avis au sens de l'art. 92 al. 1 ORFI. Comme l'avis doit être adressé simultanément au propriétaire du gage et au locataire/fermier (art. 92, al. 1, 1ère partie de la phrase, LAC), l'office des poursuites doit - eu égard à l'art. 91, al. 1, LAC (voir N. 33) - procéder à l'avis même pendant la période de protection (art. 56 LP). Cela ne répond toutefois pas à la question de savoir à quel moment le délai de dix jours commence à courir si l'avis a été donné pendant la période de protection. Selon le point de vue défendu ici, l'avis au propriétaire du gage - par analogie à la notification de l'acte de séquestre (art. 274 LP) et contrairement à l'avis au locataire/fermier - est un acte de poursuite au sens de l'art. 56 LP ; par conséquent, l'avis ne déploie ses effets que le

premier jour après l'expiration du délai de grâce (événement déclencheur du délai). Le délai commence à courir le jour suivant (art. 31 LP en relation avec l'art. 142 al. 1 CPC). Si le délai prend fin pendant le délai de grâce, l'art. 63 LP (et non l'art. 145 CPC) s'applique. Le respect du délai est régi par l'art. 143 CPC (en relation avec l'art. 31 LP).

- Il convient de distinguer l'exception au sens de l'art. 92 al. 2 ORFI de l'opposition au droit de gage. Si les objections de l'exploitant concernent l'étendue du droit de gage (c'est-à-dire l'extension du droit de gage aux loyers/baux), c'est le propriétaire du gage qui doit soulever l'exception. En revanche, si l'exploitant veut contester l'existence, l'étendue ou l'exigibilité de la créance, ou l'existence du droit de gage, il doit le faire valoir par voie d'opposition (cf. art. 85 ORFI ; voir aussi N. 36). Le fait que le propriétaire du gage soulève l'exception et/ou l'opposition a une influence sur la procédure ultérieure : L'opposition peut être levée par le poursuivant dans la procédure de mainlevée ou dans la procédure ordinaire (art. 153a LP ; art. 93 al. 1 ORFI), alors que seule la procédure ordinaire est ouverte au créancier poursuivant en cas d'exception soulevée (art. 93 al. 2 ORFI ; voir aussi N. 36).
- Si un tiers fait valoir que les loyers/loyers lui reviennent, la procédure d'opposition (art. 106 ss. CO) doit être engagée (pour plus de détails, n. 47) ; seul le propriétaire du gage (débiteur ou tiers propriétaire) peut faire valoir l'exception au sens de l'art. 92 al. 2 LAC.

36 (v) Action en constatation du créancier gagiste poursuivant : si le propriétaire du gage a soulevé l'exception visée à l'art. 92 al. 2 ORFI, la partie poursuivante en est informée (formulaire ORFI n° 8, art. 13 et 14 LP). La partie poursuivante a alors la possibilité d'introduire une action en constatation (action en constatation du droit de gage contesté) dans les dix jours suivant l'avis (art. 93 al. 2 ORFI). Si elle ne donne pas suite à cette demande, l'office des poursuites lève le blocage des intérêts (art. 93 al. 3 et 4 ORFI ; cf. aussi art. 153a al. 3 LP). Ce point mérite d'être expliqué :

- Selon le point de vue défendu ici, l'avis au poursuivant n'est pas un acte de poursuite au sens de l'art. 56 LP, car l'avis au poursuivant ne porte pas atteinte à la situation juridique du débiteur. Ainsi, l'avis déploie immédiatement ses effets, même pendant la période de grâce ; le délai de dix jours commence à courir le lendemain de l'avis (art. 142 al. 1 CPC en relation avec l'art. 31 LP). En l'absence d'acte de poursuite, l'art. 63 LP ne

s'applique pas non plus, mais il convient à mon avis de respecter les féries judiciaires prévues à l'art. 145 CPC.

- Si le débiteur soulève simultanément l'exception au sens de l'art. 92 al. 2 ORFI et l'opposition (voir n. 35), la procédure de blocage des intérêts se déroule comme suit (voir ci-après la jurisprudence du Tribunal fédéral, critiquée par une partie de la doctrine ; voir également le formulaire ORFI n° 8) : Le poursuivant doit choisir entre deux démarches dans les dix jours suivant l'avis (art. 153a al. 1 LP ; art. 93 al. 1 et 2 ORFI). D'une part, la partie poursuivante a la possibilité d'introduire une action en reconnaissance (art. 79 LP) et/ou une action en constatation (art. 93 al. 2 ORFI ; cumul objectif d'actions au sens de l'art. 90 CPC). D'autre part, la partie poursuivante a la possibilité d'engager une procédure de mainlevée (art. 80 ss LP). Si la partie poursuivante choisit la deuxième voie, elle peut attendre que le tribunal ait statué sur la mainlevée avant d'introduire l'action en constatation. Si le tribunal rejette la mainlevée, le créancier doit introduire l'action en reconnaissance au sens de l'art. 79 LP et l'action en constatation au sens de l'art. 93 al. 2 ORFI dans un délai de dix jours à compter de l'entrée en force du rejet (art. 93 al. 1 ORFI). En revanche, si la requête de mainlevée est admise, la partie poursuivante doit introduire l'action en constatation au sens de l'art. 93 al. 2 ORFI ; l'office des poursuites fixe un délai de dix jours à cet effet. Une éventuelle action en déchéance (art. 83 al. 2 LP) n'a aucune influence sur ce délai.
- Si le poursuivant ne respecte pas l'un des délais mentionnés, l'office des poursuites révoque la suspension des intérêts (art. 93 al. 3 et 4 ORFI ; art. 153a al. 3 LP). Si, dans de tels cas, le locataire/fermier a déjà versé des loyers/loyers à l'office des poursuites, les intérêts sont versés au créancier d'intérêts (art. 93 al. 3 ORFI). Indépendamment de cela, le poursuivant a toujours la possibilité de lever l'opposition et/ou l'exception dans le délai de réalisation de deux ans (art. 154 al. 1 LP).

(vi) Si la partie poursuivante parvient à lever l'opposition (ou en l'absence d'opposition), elle peut requérir la réalisation de l'immeuble gagé (art. 154 al. 1 LP). Il convient de tenir compte des points suivants : 37

- Si la partie poursuivante ne dépose pas la réquisition de vente dans le délai légal de deux ans, la poursuite s'éteint (art. 154 al. 2 LP) ; l'office des poursuites lève le blocage des intérêts. Dans un tel cas, l'office des poursuites verse - du moins selon une partie de la doctrine - les intérêts

reçus au créancier des intérêts (bailleur/bailleur à ferme). Une attribution des intérêts reçus au créancier gagiste poursuivant - comme l'exige une partie de la doctrine - n'est à mon avis admissible que si ces intérêts suffisent à payer la créance et les frais de poursuite et que, par conséquent, une réalisation de l'immeuble gagé ne semble pas nécessaire (cf. ci-après 3e lemme).

- Le dépôt de la réquisition de vente dans les délais entraîne en général la vente forcée publique de l'immeuble (art. 156 en relation avec 133 ss LP). Avec l'adjudication de l'immeuble au premier enchérisseur (cf. art. 126 en relation avec les art. 156 et 142a LP) - c'est-à-dire avec la clôture de la réalisation du gage - le droit de gage s'éteint conformément à l'art. 806 CC. Jusqu'à ce moment, les loyers/loyers échus reviennent au créancier gagiste poursuivant - ensuite à l'adjudicataire (cf. n. 26).
- Pour que le créancier gagiste poursuivant puisse se faire payer les loyers/loyers échus, il n'est pas nécessaire que l'immeuble gagé soit réalisé : Si les loyers reçus par l'office des poursuites (et/ou d'autres revenus) suffisent à couvrir les créances et les frais de poursuite, il n'est pas nécessaire de réaliser l'immeuble gagé ; dans ce cas, il n'est évidemment pas nécessaire de déposer une réquisition de réalisation. Le tout peut également être combiné avec des acomptes au sens de l'art. 95 ORFI (cf. n. 42 ss, en particulier n. 44).
- Si l'immeuble ne peut pas être réalisé en raison d'offres insuffisantes (perte de gage selon l'art. 158 LP), le créancier hypothécaire poursuivant reçoit tout de même les loyers/baux reçus par l'office des poursuites (art. 111 al. 2 ORFI). Si l'adjudication a lieu mais que le produit de la vente ne couvre pas entièrement la créance, il en va de même.

E. Conséquences juridiques

38 Le blocage des loyers/baux à ferme a des conséquences à plusieurs égards. D'une part, le locataire/fermier doit verser les intérêts à l'office des poursuites (art. 806 al. 2 CC) ; en même temps, l'office des poursuites interdit au propriétaire du gage d'accepter d'éventuels paiements d'intérêts (art. 92 al. 1 ORFI). D'autre part, les compétences administratives sur l'immeuble mis en gage sont (partiellement) transférées à l'office des poursuites. Dans le détail :

(i) Locataire/fermier : dès que l'office des poursuites a informé le locataire/fermier de l'augmentation de la poursuite (n. 33), celui-ci ne peut plus payer au créancier d'intérêts avec effet libératoire, mais seulement à l'office des poursuites (art. 806 al. 2 CC ; art. 91 al. 1 ORFI). Le débiteur d'intérêts s'expose donc au risque d'un double paiement s'il continue à verser les intérêts au créancier d'intérêts (cf. art. 91 al. 1 ORFI ; voir aussi N. 48). Les dénonciations et les réclamations doivent désormais être adressées à l'office des poursuites (formulaire ORFI n° 5), puisque c'est à lui que reviennent les compétences administratives (voir N. 41). 39

(ii) Propriétaire du gage : une fois le blocage des intérêts prononcé, il est interdit au propriétaire du gage, sous peine de sanctions pénales (art. 292 CP), d'accepter des paiements de loyers/fermages ou de conclure des actes juridiques à ce sujet (art. 92 al. 1 ORFI). Si le locataire/fermier verse malgré tout les intérêts au propriétaire du gage (par exemple sur la base d'un ordre permanent non adapté), le propriétaire du gage doit immédiatement remettre le montant à l'office des poursuites, faute de quoi il pourrait se rendre punissable. Par ailleurs, le blocage des intérêts a pour conséquence de limiter les pouvoirs d'administration du propriétaire du gage sur l'immeuble (cf. ci-après) ; notamment, une fois le blocage des intérêts prononcé, le droit de résiliation et d'expulsion relèvent de la compétence exclusive de l'office des poursuites. 40

(iii) Administration de l'immeuble mis en gage : une fois le blocage des intérêts prononcé, l'office des poursuites doit - en lieu et place du débiteur ou du propriétaire du gage - prendre toutes les mesures nécessaires pour garantir et recouvrer les loyers/loyers (art. 94 al. 1 ORFI). Il est permis de déléguer ces pouvoirs de gestion à un tiers (art. 94 al. 2 ORFI). Cela nécessite d'être complété à plusieurs égards : 41

- L'art. 94 al. 1 ORFI contient une liste non exhaustive ("mesures [...] telles que") de mesures administratives qui, une fois le blocage des intérêts ordonné, relèvent de la compétence de l'office des poursuites (ou du tiers mandaté). Les compétences administratives sont toutefois limitées : elles ne comprennent en principe que les mesures conservatoires urgentes. Ce n'est qu'à partir du dépôt de la réquisition de vente (art. 154 LP) que l'office des poursuites (ou le tiers mandaté) dispose de compétences administratives étendues (art. 101 ORFI ; cf. également art. 17 s. ORFI).

- L'office des poursuites peut transférer les compétences administratives à un tiers qui semble le plus approprié (p. ex. gestion immobilière ; art. 94 al. 2 ORFI). Le transfert au débiteur poursuivi est également admissible. Le Tribunal fédéral qualifie le transfert des compétences administratives de mandat ou de contrat sui generis ; les art. 394 ss CO s'appliquent dans les deux cas. La relation entre l'office des poursuites et les tiers est de nature de droit public.
- Si l'office des poursuites (ou le tiers mandaté) outrepasse ses compétences selon l'art. 94 ORFI, l'acte administratif correspondant peut être contesté par une plainte selon l'art. 17 LP. Une éventuelle responsabilité est régie par l'art. 5 LP et non par le droit civil.
- Pour que l'office des poursuites puisse faire usage de ses pouvoirs administratifs, l'immeuble gagé doit être loué/affermé ou entrer d'une autre manière dans le champ d'application de l'art. 152 al. 2 LP (n. 25).
- La partie poursuivante doit déposer la réquisition de vente dans le délai légal, faute de quoi la poursuite s'éteint (art. 154 al. 2 LP). L'extinction de la poursuite rend caducs les pouvoirs administratifs de l'office des poursuites (ou du tiers mandaté).

F. Questions particulières

1. Paiement d'acomptes

42 En premier lieu, les loyers/loyers perçus doivent être utilisés pour couvrir les dépenses et les frais d'administration ainsi que les éventuelles contributions d'entretien du débiteur et de sa famille (art. 103 al. 2 LP) (art. 94 al. 1 ORFI). En outre, le créancier gagiste poursuivant peut exiger que l'office des poursuites lui verse - déjà avant le dépôt de la réquisition de vente - ce que l'on appelle des acomptes sur les loyers/loyers perçus. La partie poursuivante doit toutefois pouvoir prouver que la créance mise en poursuite a été reconnue ou constatée par une décision entrée en force (art. 95 al. 1 ORFI). Les éventuelles propositions juridiques et exceptions au sens de l'art. 92 al. 2 ORFI doivent être levées par la partie poursuivante avant le paiement (pour la procédure, voir n. 36). Il convient de clarifier deux points :

- Les créanciers hypothécaires non poursuivants n'ont pas droit à des acomptes (cf. art. 95 al. 1 ORFI).

- Un paiement par acomptes est exclu si la partie poursuivante ne parvient pas à prouver qu'il existe une créance reconnue par le débiteur ou constatée par une décision entrée en force ; l'office des poursuites ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation. L'accord du débiteur (seul) pour le paiement d'un acompte ne suffit pas. Le cas doit être jugé différemment si le débiteur reconnaît la créance à hauteur des loyers/loyers encaissés ; selon l'art. 95 al. 2 ORFI, une reconnaissance autorise le paiement d'un acompte.

En cas de pluralité de créanciers hypothécaires poursuivants (concernant le même immeuble), le paiement d'un acompte n'est autorisé que dans deux cas : Il faut soit l'accord de tous les poursuivants, soit l'établissement d'un état de collocation au sens de l'art. 157 al. 3 LP ainsi que la mise à disposition préalable de la liste de distribution (art. 95 al. 2 ORFI). 43

L'acompte permet, en cas de créances moins importantes, de satisfaire le créancier hypothécaire sans que l'immeuble doive être réalisé. Pendant le délai de réalisation de deux ans (art. 154 al. 2 ORFI), le créancier hypothécaire peut laisser courir le blocage des intérêts sans déposer une réquisition de réalisation ; pendant cette période, la créance du créancier hypothécaire est progressivement éteinte par les acomptes (cf. sur l'ensemble n. 37). 44

Si le propriétaire du gage immobilier poursuivi tombe en faillite, il convient de respecter l'art. 96 ORFI. 45

2. Plusieurs créanciers gagistes

Si plusieurs créanciers hypothécaires déposent une réquisition de poursuite avec demande d'extension de la garantie par gage, le droit de préférence concernant les créances de loyer/rente est déterminé par le rang respectif de leurs droits de gage immobilier (art. 114 al. 2 ORFI ; cf. art. 813 ss CC). Cela n'est valable sans restriction qu'après le dépôt de la réquisition de vente - avant cela, la situation juridique est différente : dans ce cas, il est déterminant de savoir si le créancier hypothécaire concerné a demandé l'extension de la garantie par gage (cf. art. 114 al. 1 ORFI et art. 806 CC). Concrètement, cela signifie ce qui suit : En premier lieu, le créancier hypothécaire poursuivant en premier a droit aux loyers/loyers devenus exigibles - jusqu'au moment où un créancier hypothécaire de meilleur rang demande l'extension de la garantie par gage. Les loyers/loyers nouvellement échus reviennent dès lors au 46

créancier hypothécaire de rang supérieur, tant qu'aucun autre créancier hypothécaire de rang (encore) supérieur ne demande l'extension de la garantie.

3. Litiges relatifs à la titularité de la créance de loyer/rente

47 Le propriétaire du gage immobilier (débiteur poursuivi ou tiers propriétaire du gage) peut faire valoir, par l'exception de l'art. 92 al. 2 ORFI, que le droit de gage ne s'étend pas du tout ou seulement à une partie des loyers/fermages (voir N. 35). Le locataire/fermier et les autres tiers ne peuvent pas invoquer cette exception. Ces derniers ont toutefois la possibilité de recourir à la procédure d'opposition (art. 106 ss LP) s'ils ne sont pas d'accord avec l'extension de la garantie par gage aux loyers/baux. Des litiges concernant la légitimité des créances d'intérêts peuvent survenir notamment en relation avec l'art. 806 al. 3 CC. Il convient d'ajouter ce qui suit :

- Si le locataire/fermier (ou un autre tiers demandeur) conteste que le droit de gage s'étend aux loyers/baux à ferme, l'office des poursuites doit engager une procédure d'opposition. Ensuite, l'office des poursuites décide selon son appréciation qui se prononce sur la meilleure justification des prétentions alléguées ; selon le cas, il fixe un délai au locataire/fermier (ou à un autre tiers demandeur), au créancier gagiste, au propriétaire du gage immobilier ou au débiteur pour déposer l'action en opposition.
- Contrairement à une partie de la doctrine, le litige relatif aux créances de loyer/rente doit être traité dans le cadre de la procédure d'opposition même si le créancier gagiste a déposé la réquisition de vente (cf. art. 106 al. 2 LP).
- Tant que le tribunal compétent n'a pas rendu de décision dans la procédure d'opposition, la suspension des intérêts se poursuit (cf. art. 93 al. 3 et 4 ORFI). Le débiteur des intérêts reste donc tenu de s'acquitter auprès de l'office des poursuites, faute de quoi il risque de payer une nouvelle fois les intérêts.

4. Cas de double paiement

48 Si le débiteur des intérêts (locataire/bailleur) continue à payer les intérêts au créancier des intérêts (bailleur/bailleur) malgré la suspension des intérêts, le risque existe que le débiteur des intérêts doive payer une nouvelle fois à

l'office des poursuites (voir N. 39). Si ce cas de double paiement se produit, la question se pose de savoir si le débiteur des intérêts a un droit de remboursement vis-à-vis du créancier des intérêts. Selon le point de vue défendu ici, la réponse est affirmative : le débiteur des intérêts a en principe un droit d'enrichissement à l'encontre du créancier des intérêts (art. 62 ss. CO). Il convient toutefois de noter que le débiteur des intérêts supporte le risque d'encaissement du fait du double paiement et qu'il ne peut pas, le cas échéant, faire valoir son droit à l'enrichissement vis-à-vis du créancier d'intérêts.

BIBLIOGRAPHIE

Amonn Kurt/Walther Fridolin, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013.

Amstutz Kathrin/Arnold Peter, Kommentierung zu Art. 45 BGG, in: Niggli Marcel Alexander/Uebersax Peter/Wiprächtiger Hans/Kneubühler Lorenz (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl., Basel 2018.

Baeriswyl Dominik/Milani Dominik/Schmid Jean-Daniel, Kommentierung zu Art. 33 SchKG, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik (Hrsg.), Schulthess Kommentar (SK) zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), 4. Aufl., Zürich 2017.

Bangert Jan, Kommentierung zu Art. 85 SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., Basel 2021.

Bauer Thomas/Bauer Christoph, Kommentierung zu Art. 892 ZGB, in: Geiser Thomas/Wolf Stephan (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 7. Aufl., Basel 2023.

Bernheim Marc/Känzig Philipp/Geiger Gaudenz, Kommentierungen zu Art. 151–155 und 157 SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., Basel 2021.

Bessenich Balthasar/Fink Stefan, Kommentierung zu Art. 74 SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., Basel 2021.

Brand Eduard, Die betreibungsrechtliche Zwangsverwertung von Grundstücken im Pfandverwertungsverfahren, Ein Handbuch für die Praxis, Zürich 2008.

Dürr David/Zollinger Daniel, Zürcher Kommentar, Art. 805–823 ZGB, Zürich 2013.

Emmel Frank, Kommentierungen zu Art. 12 und 68 SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., Basel 2021.

Ernst Wolfgang/Oberholzer Serafin/Sunaric Predrag, Fristen und Fristberechnung im Zivilprozess (ZPO – SchKG – BGG), 2. Aufl., Zürich 2021.

Foëx Bénédict, Kommentierungen zu Art. 152, 153a und 154 SchKG, in: Dallèves Louis/Foëx Bénédict/Jeandin Nicolas (Hrsg.), Commentaire Romand, Poursuite et faillite, Basel 2005.

Frésard Jean-Maurice, Kommentierung zu Art. 45 BGG, in: Aubry Girardin Florence/Donzallaz Yves/Denys Christian/Bovey Grégory/Frésard Jean-Maurice (Hrsg.), Commentaire de la LTF, 3. Aufl., Bern 2022.

Frey Markus/Staible Dominic, Kommentierung zu Art. 116 SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., Basel 2021.

Fritzsche Hans/Walder-Bohner Hans Ulrich, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band I: Allgemeine Lehren, Das Einleitungsverfahren, Die Betreibung auf Pfändung und auf Pfandverwertung, 3. Aufl., Zürich 1984.

Gilliéron Pierre-Robert, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Vol. I: art. 1–88 LP, Lausanne 1999.

Heinzmann Michel, Bemerkung zu BGer 4A_3/2017 vom 15.2.2018 (BGE 144 III 152), ZPO Online Newsletter vom 21.3.2018.

Herren Stephan, Die Erstreckung der Pfandhaft auf die Miet- und Pachtzinsen nach Art. 806 ZGB, Die Vorrechte der betreibenden Grandpfandgläubiger, AJP 1997, S. 1211–1218.

Hoffmann-Nowotny Urs. H./Brunner Katrin, Kommentierung zu Art. 142 ZPO, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021.

Jaeger Carl/Walder Hans Ulrich/Kull Thomas M., Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), Erläutert für den praktischen Gebrauch, Art. 89–158 SchKG, 5. Aufl., Zürich 2006.

Käser Christoph/Häcki Kathrin, Kommentierungen zu Art. 152, 153a, 154, 156 und 157 SchKG, in: Hunkeler Daniel (Hrsg.), Kurzkommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, 2. Aufl., Basel 2014.

Kieser Ueli, Schulthess Kommentar (SK) zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG), 4. Aufl., Zürich 2020.

Kren Kostkiewicz Jolanta, Schuldbetreibungs- & Konkursrecht, 3. Aufl., Zürich 2018 (zit. Kren Kostkiewicz, SchKG).

Kren Kostkiewicz Jolanta, Kommentierungen zu Art. 85, 88, 90–95, 97 und 100 VZG, in: Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz (Hrsg.), Kurzkommentar VZG, Verordnung über die Zwangsverwertung von Grundstücken, Wädenswil 2011 (zit. KUKO-Kren Kostkiewicz).

Maisano Riccardo/Milani Dominik/Schmid Jean-Daniel, Kommentierung zu Art. 31 SchKG, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik (Hrsg.), Schulthess Kommentar (SK) zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), 4. Aufl., Zürich 2017.

Marchand Sylvain, Kommentierung zu Art. 57b SchKG, in: Dallèves Louis/Foëx Bénédict/Jeandin Nicolas (Hrsg.), Commentaire Romand, Poursuite et faillite, Basel 2005.

Merz Barbara, Kommentierung zu Art. 142 ZPO, in: Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo (Hrsg.), ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2016.

Müggler Patrick, Kapitel E.I–III, in: Schlegel Roger/Zopfi Markus (Hrsg.), Die betreibungsrechtliche Zwangsverwertung von Grundstücken in Theorie und Praxis, Zürich 2019, S. 155–181.

Nordmann Francis/Oneyser Stéphanie, Kommentierungen zu Art. 31 und 33 SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler

Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., Basel 2021.

Penon Ilija/Wohlgemuth Marc, Kommentierungen zu Art. 56, 57b und 63 SchKG, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik (Hrsg.), Schulthess Kommentar (SK) zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), 4. Aufl., Zürich 2017.

Rüetschi Sven/Domenig Benjamin, Kommentierungen zu Art. 152, 153a und 154 SchKG, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik (Hrsg.), Schulthess Kommentar (SK) zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), 4. Aufl., Zürich 2017.

Schellenberg Claus, Die Rechtsstellung des Dritteigentümers in der Betreibung auf Pfandverwertung, Zürich 1968 (Diss. Zürich).

Schlegel Roger/Zopfi Markus, Kapitel A–D und F, in: Schlegel Roger/Zopfi Markus (Hrsg.), Die betreibungsrechtliche Zwangsverwertung von Grundstücken in Theorie und Praxis, Zürich 2019, S. 1–153 und 309–406.

Schmid Jean-Daniel/Bauer Thomas, Kommentierungen zu Art. 56, 57 und 63 SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., Basel 2021.

Schmid Jörg/Hürlimann-Kaup Bettina, Sachenrecht, 6. Aufl., Zürich 2022.

Schmid Jürg/Arnet Ruth, Kommentierung zu Art. 960 ZGB, in: Geiser Thomas/Wolf Stephan (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 7. Aufl., Basel 2023.

Schmid-Tschirren Christina, Kommentierungen zu Art. 805 und 806 ZGB, in: Geiser Thomas/Wolf Stephan (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 7. Aufl., Basel 2023.

Sievi Nino, Kommentierungen zu Art. 88 und 102 SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., Basel 2021.

Spühler Karl/Dolge Annette, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht I, Betreibungs- und Arrestrecht, 8. Aufl., Zürich 2020.

Staehelin Daniel, Fristenrecht fürs Handgepäck, in: Markus Alexander R./Hrubesch-Millauer Stephanie/Rodriguez Rodrigo (Hrsg.), Zivilprozess und Vollstreckung national und international – Schnittstellen und Vergleiche, Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz, Bern 2018, S. 635–655.

Staible Dominic/Vogt Beat, Grundbuchsperren, ZBGR 2017, S. 213–248.

Steinauer Paul-Henri, Les droits réels, Tome I, Introduction à l'étude des droits réels, Possession et registre foncier, Dispositions générales sur la propriété/Propriété par étages, 6. Aufl., Bern 2019 (zit. Steinauer, Droits réels I).

Steinauer Paul-Henri, Les droits réels, Tome III, Servitudes personnelles, Charges foncières, Droits de gage immobiliers, Droits de gage mobiliers, 5. Aufl., Bern 2021 (zit. Steinauer, Droits réels III).

Stoffel Walter A./Chabloz Isabelle, Voies d'exécution, Poursuite pour dettes, exécution de jugements et faillite en droit suisse, 3. Aufl., Bern 2016.

Tappy Denis, Kommentierung zu Art. 142 ZPO, in: Bohnet François/Haldy Jacques/Jeandin Nicolas/Schweizer Philippe/Tappy Denis (Hrsg.), Commentaire Romand, Code de procédure civile, 2. Aufl., Basel 2019.

Vock Dominik/Aepli Martina, Kommentierung zu Art. 88 SchKG, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik (Hrsg.), Schulthess Kommentar (SK) zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), 4. Aufl., Zürich 2017.

Vock Dominik/Meister-Müller Danièle, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, 2. Aufl., Zürich 2018.

Weber Philipp, Monatsfristen nach ZPO: Dörfs es bitzeli meh sii?, Überlegungen zur Fristberechnung gemäss Art. 142 Abs. 2 ZPO, Jusletter vom 19.3.2012 (zit. Weber, Jusletter 19.3.2012).

Weber Rolf H., Berner Kommentar, Art. 68–96, 2. Aufl., Bern 2004 (zit. BK-Weber).

Weingart Denise, Kommentierung zu Art. 12 SchKG, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik (Hrsg.), Schulthess Kommentar (SK) zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), 4. Aufl., Zürich 2017.

Weiss Gottfried, Das Recht der Grundpfandgläubiger an den Erträgnissen des verpfändeten Grundstückes, St. Gallen 1936 (Habil. Zürich).

Wildhaber Isabelle/Dede Sevda, Berner Kommentar, Art. 127–142 OR, Bern 2021.

Wüthrich Karl/Schoch Peter, Kommentierungen zu Art. 69 und 71 SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., Basel 2021.

Zemp Raphael, Entscheidbesprechung, BGE 149 III 179, ZZZ 2023, S. 413–419.

Zobl Dieter, Berner Kommentar, Art. 888–915 ZGB, 2. Aufl., Bern 1996 (zit. BK-Zobl).

Zobl Dieter, Probleme bei der Verpfändung von Eigentümerschuldbriefen ZBGR 1978, S. 193–229 (zit. Zobl, ZBGR 1978).

Zobl Dieter/Thurnherr Christoph, Berner Kommentar, Art. 884–887 ZGB, 3. Aufl., Bern 2010.

Zopfi Markus, Kommentierung zu Art. 114 VZG, in: Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz (Hrsg.), Kurzkommentar VZG, Verordnung über die Zwangsverwertung von Grundstücken, Wädenswil 2011.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 89 LP

Un commentaire de Selim Marasco-Keller

PROPOSITION DE CITATION

Selim Marasco-Keller, Commentaire de l'art. 89 LP, in: Pasquier Bruno/ Heinzmann Michel (édit.), Commentaire en ligne de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite

Citation abrégée: OK-Marasco-Keller, art. 89 LP N. XXX.

Titre troisième: De la poursuite par voie de saisie

I. De la saisie

A. Exécution de la saisie

1. Moment

Art. 89

Lorsque le débiteur est sujet à la poursuite par voie de saisie, l'office, après réception de la réquisition de continuer la poursuite, procède sans retard à la saisie ou y fait procéder par l'office du lieu où se trouvent les biens à saisir.

TABLE DES MATIÈRES

I. Conditions préalables à la saisie 145
II. Moment de la saisie 145
II. Compétence (en particulier lieu de situation des biens) 145
A. Généralités 145
B. Lieu de situation / lieu de saisie de différents biens 146
III. Exécution 148
Bibliographie 149

I. CONDITIONS PRÉALABLES À LA SAISIE

Pour qu'une saisie puisse avoir lieu conformément aux art. 89 s. LP, les **conditions préalables** suivantes doivent être remplies : 1

(i) Le débiteur doit faire l'objet d'une poursuite par voie de saisie. Si le débiteur fait l'objet d'une poursuite en faillite et que la poursuite est néanmoins exécutée par voie de saisie, la saisie est nulle. Si une poursuite par voie de saisie est engagée pour une créance garantie par un gage, le débiteur peut demander par voie de recours (art. 17 LP) que le créancier fasse d'abord valoir son gage (art. 41, al. 1^{bis,} LP ; « beneficium excussionis realis »).

(ii) Un créancier dépose une demande de continuation dans les délais et dans les formes prescrits (cf. art. 88 LP).

II. MOMENT DE LA SAISIE

Selon le libellé de la loi, la saisie doit être exécutée «*sans délai*». Il s'agit là d'une prescription d'ordre. Une violation de cette prescription, par exemple en raison d'un retard dans l'action de l'office des poursuites, n'a aucune incidence sur la légalité de la procédure de saisie. 2

Dans la pratique, en cas de retard dans l'action de l'office des poursuites, le créancier ne dispose que d'un recours pour retard injustifié (art. 17 LP) et, le cas échéant, d'un droit à la responsabilité de l'État (art. 5 LP). 3

Le créancier ne peut exercer aucune influence sur la date d'exécution de la saisie. Une demande de report de la saisie à une date ultérieure fixée par le créancier n'est pas recevable. 4

II. COMPÉTENCE (EN PARTICULIER LIEU DE SITUATION DES BIENS)

A. Généralités

L'office des poursuites du lieu de poursuite est compétent pour ordonner la saisie (art. 46 ss LP). 5

6 L'office des poursuites du **lieu où se trouvent** les biens à saisir est compétent pour l'exécution de la saisie. Si les biens se trouvent en dehors du domaine de compétence de l'office des poursuites du lieu de poursuite, l'office compétent doit demander à l'office des poursuites du lieu concerné de lui prêter assistance pour l'exécution de la saisie (saisie sur requête ; art. 4 LP).

7 Dans sa version actuelle, la disposition relative à l'exécution du séquestre (art. 275 LP) ne renvoie pas explicitement à l'art. 89 LP. Néanmoins, l'art. 89 LP s'applique par analogie à l'exécution du séquestre. La modification prévue de l'art. 275 LP, qui ajoute une référence à l'art. 89 LP, codifiera cette jurisprudence.

8 Cette répartition des compétences est impérative. Une saisie effectuée par un office incompétent est nulle.

9 Seuls les biens situés en Suisse peuvent être saisis, et non ceux situés à l'étranger. Dans certaines circonstances, une créance obligatoire visant à obtenir la propriété de biens situés à l'étranger peut toutefois être saisie (par exemple, une créance visant à obtenir la restitution de titres conservés à l'étranger).

B. Lieu de situation / lieu de saisie de différents biens

10 **Mobilier/biens mobiliers :** la saisie a lieu à l'endroit où se trouve physiquement le bien.

11 **Créances auprès de débiteurs domiciliés en Suisse** : les créances de débiteurs domiciliés en Suisse qui ne sont pas garanties par un titre sont considérées comme se trouvant au domicile du débiteur (en tant que créancier de la créance correspondante). Dans tous les cas, la saisie de créances peut être exécutée par l'office des poursuites au lieu de poursuite (ordinaire ou spécial). Il en va de même si le débiteur déménage après la notification de la saisie (art. 53 LP). Une saisie dans le cadre de l'entraide judiciaire n'est pas nécessaire.

12 Dans des cas particuliers, notamment en cas de créances salariales, l'office des poursuites du lieu de poursuite peut également demander à l'office des poursuites du domicile du débiteur de procéder à la saisie si le domicile et le lieu de poursuite sont différents et si des clarifications supplémentaires sont nécessaires dans le cadre de l'exécution.

Créances auprès de débiteurs domiciliés à l'étranger : les créances de débiteurs domiciliés à l'étranger sont réputées se trouver au domicile du tiers débiteur en Suisse. La créance est également considérée comme située au domicile suisse du tiers débiteur si elle appartient à la succursale étrangère de ce tiers débiteur. L'implication effective du tiers débiteur suisse dans la relation client de la succursale étrangère avec le débiteur étranger n'est pas une condition préalable à la saisie. 13

Créances de créanciers solidaires : Les créances de créanciers solidaires (par exemple, les comptes joints) peuvent être saisies par chaque créancier solidaire pour le paiement de la totalité du montant. Chacune de ces créances a donc son propre lieu de situation au domicile du débiteur ou, si celui-ci est domicilié à l'étranger, au siège du tiers débiteur. 14

Titres : Les créances représentées par des titres doivent être saisies là où elles se trouvent physiquement. Cela vaut également lorsque le titre est mis en gage. 15

Biens immobiliers : l'office des poursuites du lieu où se trouve le bien est compétent. Si un bien immobilier est situé dans plusieurs circonscriptions de poursuite, l'office compétent est celui dans le ressort duquel se trouve la partie la plus précieuse (art. 24, al. 1, ORFI). 16

Droits de propriété intellectuelle : les droits de propriété intellectuelle doivent être saisis au domicile du débiteur. Si le débiteur est domicilié à l'étranger, la saisie d'un droit de propriété intellectuelle inscrit dans un registre s'effectue au siège du registre suisse (c'est-à-dire au siège de l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle IPI à Berne). 17

Cryptomonnaies : les cryptomonnaies sont des actifs incorporels. À l'instar des créances, elles ne peuvent donc être localisées que de manière fictive. Si le débiteur est domicilié en Suisse, le lieu de situation est donc en principe son domicile. Ce principe s'applique tant que la saisie de cryptomonnaies ne nécessite pas d'actes officiels qui relèvent uniquement de la compétence de l'office des poursuites étranger (c'est-à-dire que seules des demandes de renseignements par courrier et par téléphone sont nécessaires et qu'aucune saisie de matériel informatique n'est requise). Si le débiteur n'est pas domicilié en Suisse, le lieu de situation de la cryptomonnaie est le lieu où celle-ci est effectivement accessible. Cela est possible, par exemple, au siège du détenteur de la clé privée, si celui-ci peut être contraint de remettre la clé 18

privée (ce qui est généralement le cas pour les jetons de paiement Bitcoin et Ether, importants dans la pratique). Selon la conception technique du système, d'autres possibilités d'accès (et donc d'autres lieux de détention) sont envisageables (par exemple via une clé d'administration ou via une gestion centralisée de «*systèmes de registres distribués autorisés*»). Pour qu'un lieu soit considéré comme lieu de détention, il suffit qu'il soit possible d'accéder de facto à la cryptomonnaie sous une forme quelconque à cet endroit.

19 **Titres intermédiés :** la saisie a lieu exclusivement au lieu du dépositaire qui gère le compte-titres du titulaire du compte auquel les titres intermédiés sont crédités (art. 14, al. 1, LSA).

20 **Droits de participation :** pour la saisie de droits de participation (c'est-à-dire, par exemple, les biens d'une succession indivise ou d'une société en nom collectif ; cf. art. 1 LSA), l'office des poursuites du domicile du débiteur est compétent (art. 2 LSA).

21 **Navires :** les navires immatriculés doivent être saisis au lieu où se trouve le registre des navires (art. 55, al. 2, de la loi fédérale sur le registre des navires). Les navires étrangers peuvent être saisis à leur emplacement effectif.

22 **Avions :** les avions doivent être saisis au domicile du propriétaire inscrit au registre des aéronefs (art. 53 de la loi fédérale sur le registre des aéronefs). Les avions étrangers peuvent être saisis à leur emplacement effectif (art. 54 de la loi fédérale sur le registre des aéronefs).

III. EXÉCUTION

23 La saisie prend effet à partir du **moment où** elle a été exécutée. La saisie est considérée comme exécutée dès que l'office des poursuites déclare au débiteur que les biens sont saisis et que le débiteur ne peut plus en disposer, sous peine des sanctions prévues à l'art. 169 CP. Si le débiteur n'est pas présent, la saisie ne prend effet qu'à la notification de l'acte de saisie.

24 La déclaration de saisie doit identifier de manière suffisamment précise les biens saisis. Une description insuffisamment précise peut entraîner la nullité de la déclaration de saisie.

25 La déclaration de saisie peut être faite oralement, par écrit (art. 34 LP) ou par voie de publication (art. 35 LP). En règle générale, l'office des poursuites

communique la déclaration de saisie au débiteur au moyen du formulaire type 6/6a.

BIBLIOGRAPHIE

Foëx Bénédict, Commentaire de l'art. 89 LP, in: Foëx Bénédict/Jeandin Nicolas/Braconi Andrea/Chappuis Benoît (eds.), Commentaire Romand, Poursuite et faillite (LP), 2 édition, Basel 2025 (zit. CR LP- Foëx).

Kren Kostkiewicz Jolanta, Orell Füssli Kommentar (OFK), SchKG Kommentar, 20. Aufl., Zürich 2020 (zit. OFK-Kren Kostkiewicz).

Kren Kostkiewicz Jolanta, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 4. Aufl., Zürich 2024.

Staehelin Daniel, Die internationale Zuständigkeit der Schweiz im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, AJP 1995, S. 259 ff.

Stoffel Walter A./Chabloz Isabelle, Voies d'exécution Poursuite pour dettes, exécution de jugements et faillite en droit suisse, 3. édition, Berne 2016.

Vock Dominik, § 7 Zwangsvollstreckung, in: Zellweger-Gutknecht Corinne/Tschudi Dominik/MacCabe Kevin, Kryptowerte, Basel 2024.

Winkler Thomas, Kommentierung zu Art. 89 SchKG, in: Hunkeler Daniel (Hrsg.), Kurzkommentar, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 3. Aufl., Basel 2025 (zit. KUKO SchKG-Winkler).

Winkler Thomas, Kommentierung zu Art. 89 SchKG, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik (Hrsg.), Schulthess Kommentar, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl., Zürich 2017 (zit. SK-Winkler).

Zogg Samuel, Zwangsvollstreckungsrechtliche Behandlung von Kryptowährungen, in: recht 2020, S. 1 ff.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 90 LP

Un commentaire de Selim Marasco-Keller

PROPOSITION DE CITATION

Selim Marasco-Keller, Commentaire de l'art. 90 LP, in: Pasquier Bruno/ Heinzmann Michel (édit.), Commentaire en ligne de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite

Citation abrégée: OK-Marasco-Keller, art. 90 LP N. XXX.

2. Avis

Art. 90

Le débiteur doit être avisé de la saisie la veille au plus tard. L'avis rappelle les dispositions de l'art. 91.

TABLE DES MATIÈRES

I. Champ d'application 153
II. Moment 153
III. Mesures conservatoires 153
IV. Notification 153
V. Effets de la notification de saisie 154
Bibliographie 155

I. CHAMP D'APPLICATION

Outre la procédure de saisie ordinaire, une **notification de saisie** est également nécessaire en cas de saisie provisoire (art. 83 LP), de saisie complémentaire (art. 110 LP) ou de saisie ultérieure (art. 145 LP). Aucune notification n'est nécessaire en cas d'exécution d'une saisie conservatoire ou d'établissement d'un inventaire des biens saisis. 1

II. MOMENT

La notification de la saisie doit être effectuée la **veille**, mais pas nécessairement 24 heures à l'avance. La notification doit avoir lieu pendant les heures d'ouverture de l'office des poursuites et celui-ci doit respecter les délais de blocage et les éventuelles suspensions de droits. 2

La date de la saisie doit être indiquée dans l'acte de saisie. Selon l'opinion dominante, il suffit d'indiquer la date et si la saisie a lieu le matin ou l'après-midi (sans indication précise de l'heure). Lorsque l'office des poursuites annonce la saisie au débiteur, cette annonce peut également contenir, au lieu d'une date précise pour la saisie sur place, une invitation au débiteur à se présenter en personne à l'office des poursuites avant une date déterminée. 3

Une notification tardive rend la saisie contestable et peut faire l'objet d'un recours (art. 17 LP) contre l'acte de saisie. Une notification de saisie défectueuse ne peut être corrigée que si le débiteur a été en mesure de participer à la saisie ou de s'y faire représenter. 4

III. MESURES CONSERVATOIRES

En cas d'**urgence**, des mesures conservatoires (cf. art. 98 ss LP) sont admissibles avant même la notification de la saisie (et même pendant les heures de fermeture, les vacances judiciaires et les suspensions de procédure). 5

IV. NOTIFICATION

La notification de la saisie est une décision dont la notification est régie par les dispositions de l'art. 34 s. LP. 6

7 La demande de continuation marque en principe le début d'une nouvelle phase de la procédure. Selon la doctrine dominante, la **fiction de notification** – selon laquelle un envoi non retiré est néanmoins considéré comme notifié pour la question du respect du délai – ne s'applique pas à la notification de la saisie.

8 Selon le Tribunal fédéral, la fiction de la notification s'applique *en principe* à l'avis de saisie lorsque le débiteur n'a pas formé opposition et devait donc s'attendre à la poursuite de la procédure. Le Tribunal fédéral justifie cela par le fait que (contrairement à la procédure de mainlevée ou à la notification de la procédure de faillite) il n'y a pas de changement de compétence et que la procédure continue d'être menée par l'office des poursuites.

9 La situation n'est pas claire en cas d'opposition formée et levée dans le cadre d'une procédure de mainlevée. Selon l'avis défendu ici, il faut également partir du principe d'une fiction de notification dans ces cas lors de la notification de la saisie, car le débiteur doit s'attendre à ce qu'un créancier poursuive la poursuite après l'aboutissement d'une procédure de mainlevée. On peut également imaginer des cas dans lesquels le débiteur devait déjà s'attendre à la notification pour d'autres raisons et où la fiction de notification s'applique donc.

10 Si le débiteur refuse la réception, l'effet de l'avis de saisie n'est pas suspendu.

11 Le destinataire de l'avis de saisie est déterminé (même s'il ne s'agit pas d'un acte de poursuite à proprement parler) par les art. 64 à 66 LP.

12 L'avis de saisie est établi au moyen du formulaire officiel n° 5. Le créancier n'est pas tenu d'être invité à la saisie.

V. EFFETS DE LA NOTIFICATION DE SAISIE

13 La notification de saisie n'entraîne pas encore de restriction du pouvoir de disposition du débiteur (cf. art. 96, al. 1, LP). Le débiteur n'a toutefois pas le droit de **faire échouer** la saisie imminente. Un tel comportement peut donner lieu à des poursuites pénales (notamment pour fraude à la saisie (art. 163 CP) ou pour préjudice causé au créancier par diminution de fortune (art. 164 CP)) ou à l'ouverture d'une procédure de faillite au sens de l'art. 190, ch. 1, LP.

La notification de la saisie a pour effet que le lieu de la poursuite reste inchangé même après un changement de domicile (art. 53 LP). 14

BIBLIOGRAPHIE

Foëx Bénédict/Irène Martin-Rivara, Commentaire de l'art. 90 LP, in: Foëx Bénédict/Jeandin Nicolas/Braconi Andrea/Chappuis Benoît (eds.), Commentaire Romand, Poursuite et faillite (LP), 2 édition, Basel 2025 (zit. CR LP-Foëx/Martin-Rivara).

Kren Kostkiewicz Jolanta, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 4. Aufl., Zürich 2024.

Kren Kostkiewicz Jolanta, Orell Füssli Kommentar (OFK), SchKG Kommentar, 20. Aufl., Zürich 2020 (zit. OFK-Kren Kostkiewicz).

Meier-Dieterle, Felix C., Kommentierung zu Art. 275 SchKG, in: Hunkeler Daniel (Hrsg.), Kurzkommentar, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 3. Aufl., Basel 2025 (zit. KUKO-Meier-Dieterle).

Sievi Nino, Kommentierung zu Art. 90 SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3., Aufl. 2021 (zit. BSK SchKG-Sievi).

Winkler Thomas, Kommentierung zu Art. 90 SchKG, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik (Hrsg.), Schulthess Kommentar, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl., Zürich 2017 (zit. SK-Winkler).

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 91 LP

Un commentaire de Selim Marasco-Keller

PROPOSITION DE CITATION

Selim Marasco-Keller, Commentaire de l'art. 91 LP, in: Pasquier Bruno/ Heinzmann Michel (édit.), Commentaire en ligne de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite

Citation abrégée: OK-Marasco-Keller, art. 91 DEBA N. XXX.

3. Devoirs du débiteur et des tiers

Art. 91

[1] Le débiteur est tenu, sous menace des peines prévues par la loi:

d'assister à la saisie ou de s'y faire représenter (art. 323, ch. 1, CP);
d'indiquer jusqu'à due concurrence tous les biens qui lui appartiennent, même ceux qui ne sont pas en sa possession, ainsi que ses créances et autres droits contre des tiers (art. 163, ch. 1, 323, ch. 2, CP).

[2] Si le débiteur néglige sans excuse suffisante d'assister à la saisie ou de s'y faire représenter, l'office des poursuites peut le faire amener par la police.

[3] À la réquisition du préposé, le débiteur est tenu d'ouvrir ses locaux et ses meubles. Au besoin, le préposé peut faire appel à la force publique.

[4] Les tiers qui détiennent des biens du débiteur ou contre qui le débiteur a des créances ont, sous menace des peines prévues par la loi (art. 324, ch. 5, CP), la même obligation de renseigner que le débiteur.

[5] Les autorités ont la même obligation de renseigner que le débiteur.

[6] L'office des poursuites attire expressément l'attention des intéressés sur leurs obligations ainsi que sur les conséquences pénales de leur inobservation.

TABLE DES MATIÈRES

I. Champ d'application 160
II. Obligations du débiteur 160
A. Obligation d'être présent (art. 91, al. 1, ch. 1, LP) 160
B. Obligation de renseigner (art. 91, al. 1, ch. 2, LP) 161
1. Principe : obligation de renseigner exhaustive 161
2. Objet de l'obligation de renseigner 162
3. Limites de l'obligation de renseigner 162
4. Conséquences du non-respect de l'obligation de renseigner 163
C. Obligation d'ouvrir les locaux et les contenants (art. 91, al. 3, LP) 163
III. Obligations des tiers, en particulier des banques (art. 91, al. 4, LP) 164
IV. Obligation de renseigner des autorités (art. 91, al. 5, LP) 166
Bibliographie 166

I. CHAMP D'APPLICATION

1 L'art. 91 LP définit les **obligations** du débiteur et des tiers dans le cadre de la saisie. L'office des poursuites attire l'attention des personnes concernées sur ces obligations en les menaçant de sanctions pénales (art. 91, al. 6, LP). Une mention correspondante figure dans le formulaire type n° 5 pour l'avis de saisie. La menace de sanctions pénales est une condition objective de punissabilité, c'est-à-dire qu'il n'y a pas de sanction sans menace.

2 L'art. 91 LP s'applique également, en dehors de la saisie, à la saisie provisoire, à la saisie complémentaire (art. 110, al. 1, LP) et à la saisie ultérieure (art. 115, al. 3, et art. 145 LP). En outre, l'art. 91 LP s'applique également *par analogie* à la saisie conservatoire (art. 275 LP), à la rétention (art. 283 LP) et à l'inventaire des biens en matière de faillite (art. 163, al. 2, LP).

II. OBLIGATIONS DU DÉBITEUR

A. Obligation d'être présent (art. 91, al. 1, ch. 1, LP)

3 Le débiteur doit être **présent** lors de l'exécution de la saisie ou se faire **représenter** (art. 91, al. 1, ch. 1, LP). Le non-respect de cette obligation est puni d'une amende (art. 323, ch. 1, CP).

4 Les personnes habilitées à recevoir un acte de poursuite au sens des art. 64 ss LP peuvent représenter le débiteur sans procuration. Le débiteur est libre de donner procuration à d'autres représentants (art. 27, al. 1, LP).

5 Si le représentant n'est pas en mesure de fournir des informations pertinentes à l'office des poursuites (par exemple parce qu'il ne connaît pas les détails du patrimoine du débiteur), l'office des poursuites n'est pas tenu de s'en tenir au représentant, mais peut s'adresser directement au débiteur.

6 En cas d'absence temporaire du débiteur, l'office des poursuites doit vérifier si le débiteur peut se faire représenter. Une saisie en l'absence du débiteur est également possible (concernant la saisie en l'absence du débiteur, voir ci-dessous, N. 9).

7 L'obligation de présence du débiteur signifie également que celui-ci doit se présenter au bureau de l'office des poursuites ou à l'endroit désigné par celui-

ci. Le fait de ne pas se présenter à l'office des poursuites est également punissable.

Le débiteur qui s'absente sans excuse et ne se fait pas représenter peut être conduit par la police (art. 91, al. 2, LP). L'office des poursuites décide à sa discrétion si cela est nécessaire. L'office des poursuites doit respecter le principe de proportionnalité. 8

Le débiteur qui a été dûment informé de la saisie ne peut empêcher celle-ci en s'absentant. En cas d'absence du débiteur, la saisie ne prend toutefois effet qu'à compter de la notification de l'acte de saisie (OK-Marasco-Keller, art. 89 LP N. 23). 9

B. Obligation de renseigner (art. 91, al. 1, ch. 2, LP)

1. Principe : obligation de renseigner exhaustive

Lors de la saisie, le débiteur doit fournir des renseignements sur son patrimoine dans la mesure où cela est nécessaire pour une saisie suffisante (art. 91, al. 1, ch. 2, LP). Le non-respect de cette obligation est punissable en vertu de l'art. 163, ch. 1, CP et de l'art. 323, ch. 2, CP. 10

Le but de l'**obligation de renseigner** est de permettre à l'office des poursuites d'obtenir les informations dont il a besoin pour procéder à la saisie. Sans les informations correspondantes fournies par le débiteur, l'office des poursuites ne peut pas savoir si et où se trouvent des biens. Ce n'est qu'après avoir satisfait à son obligation de renseigner que l'office des poursuites peut accomplir ses tâches en matière de saisie, notamment déterminer les biens saisissables (art. 92 à 94 LP), estimer la valeur des biens (art. 97 LP) et fixer l'ordre de la saisie (art. 95 à 95a LP). 11

L'obligation de renseigner est en principe **très étendue**. Il n'appartient pas au débiteur de décider si et quels biens peuvent être saisis et dans quel ordre. Cette décision relève de la seule appréciation de l'office des poursuites. L'office des poursuites doit procéder conformément à l'art. 95 LP. Le débiteur ne peut pas anticiper la décision de l'office en fournissant des informations insuffisantes. L'atteinte à la sphère privée liée à l'obligation de renseigner doit être acceptée. 12

13 Le débiteur avait la possibilité, jusqu'à l'exécution de la saisie, de régler la créance et de réaliser les biens à sa discrétion. En outre, il peut toujours mettre fin à la poursuite en effectuant le paiement (art. 12 LP). Une limitation de l'obligation de renseigner à certains actifs seulement ne se justifie donc pas. Le Tribunal fédéral part à juste titre du principe que l'obligation de renseigner s'applique de manière exhaustive.

2. Objet de l'obligation de renseigner

14 **Sur le fond**, le débiteur est soumis à une obligation de renseigner exhaustive sur ses biens mobiliers et immobiliers. Outre des informations sur l'étendue des actifs, cela comprend également leur emplacement. L'obligation de renseigner s'étend également aux biens détenus par des tiers (par exemple, comptes bancaires et dépôts de titres) et à l'étranger.

15 L'obligation de renseigner de manière exhaustive signifie que les questions relatives à la personne du débiteur (par exemple, son état civil, son lieu de résidence) sont également autorisées, dans la mesure où elles se rapportent à la situation financière du débiteur ou permettent d'en tirer des conclusions. Le contenu concret admissible de ces questions est déterminé au cas par cas.

16 **Sur le plan temporel**, l'obligation de renseigner porte sur la situation patrimoniale au moment de l'exécution de la saisie. Elle s'étend également aux transactions effectuées pendant la période suspecte pour les créances pauliennes au sens des art. 286 à 288 LP (**c'est-à-dire jusqu'à 5 ans en arrière**). L'office des poursuites n'a pas besoin de faire valoir une urgence particulière pour obtenir des informations pendant la période suspecte et n'a pas non plus à prouver l'existence d'opérations potentiellement contestables.

3. Limites de l'obligation de renseigner

17 Il existe une **limite temporelle** dans la mesure où l'office des poursuites ne peut exiger des informations sur des opérations remontant à plus de cinq ans.

18 Il n'y a en principe aucune obligation de renseigner sur les circonstances postérieures à la date de l'exécution de la saisie. Il existe des exceptions dans le cadre de la saisie sur salaire, où le débiteur peut être tenu de de signaler tout changement d'emploi ou de revenu, ainsi que dans le cas d'une saisie complémentaire (art. 110, al. 1 LP), d'une adaptation à la situation actuelle (art.

93, al. 3 LP) ou d'une saisie ultérieure (art. 115, al. 3 LP), qui justifient une nouvelle obligation de renseigner.

Une partie de la doctrine estime que l'obligation de renseigner peut être limitée dans son contenu par le fait que le débiteur divulgue à l'office des poursuites suffisamment de biens mobiliers pour couvrir la créance. Cet avis ne peut être suivi, car la décision concernant les biens à saisir appartient à l'office des poursuites et non au débiteur (cf. ci-dessus, N. 12). 19

Pour des raisons purement pratiques, des exceptions peuvent toutefois se justifier dans des cas particuliers, par exemple lorsque le débiteur dispose d'une fortune immédiatement réalisable suffisante et la divulgue, de sorte qu'il n'est pas nécessaire de fournir des informations sur d'autres biens (par exemple immobiliers). La décision quant aux informations à obtenir appartient toutefois également dans ce cas à l'office des poursuites et non au débiteur. 20

4. Conséquences du non-respect de l'obligation de renseigner

Le non-respect de l'obligation de renseigner est **punissable** en vertu de l'art. 323, ch. 2, CP (désobéissance du débiteur) ou de l'art. 163, ch. 1, CP (fraude à la saisie). En outre, le créancier peut demander l'ouverture de la faillite conformément à l'art. 190, al. 1, ch. 1, LP. 21

C. Obligation d'ouvrir les locaux et les contenants (art. 91, al. 3, LP)

Le débiteur a l'obligation d'ouvrir les locaux et les contenants à la demande de l'office des poursuites (art. 91, al. 3, phrase 1, LP ; « obligation de divulgation »). Si le débiteur refuse de se conformer à cette **obligation de divulgation**, l'office des poursuites peut immédiatement (c'est-à-dire sans autre décision judiciaire) faire appel à la police. 22

Si un débiteur refuse l'accès à son domicile à l'office des poursuites malgré sa présence lors de l'exécution de la saisie, la police est en droit de faire appel à un serrurier pour ouvrir la porte de force. Il en va de même si le débiteur est absent sans excuse. 23

III. OBLIGATIONS DES TIERS, EN PARTICULIER DES BANQUES (ART. 91, AL. 4, LP)

24 Les tiers qui détiennent des biens du débiteur ou auprès desquels celui-ci a des avoirs sont tenus de fournir des renseignements à l'office des poursuites dans la même mesure que le débiteur (art. 91, al. 4, LP).

25 La notion de tiers doit être interprétée au sens large. Les personnes soumises au secret professionnel, en particulier **les banques** et **les avocats**, en font également partie. Le secret bancaire ou le secret professionnel des avocats ne justifie pas le refus de fournir des informations sur les biens du débiteur.

26 Pour que l'obligation de renseigner s'applique, le tiers doit détenir des biens du débiteur ou le débiteur doit disposer d'un avoir auprès d'un tiers (art. 91, al. 4, LP). L'office des poursuites ne peut obliger un tiers à fournir des renseignements que s'il soupçonne que ce tiers dispose d'avoirs du débiteur. L'office des poursuites ne peut pas écrire à des tiers sans raison objective dans le but de découvrir par hasard des biens du débiteur. Cela découle du principe de proportionnalité qui doit être respecté lorsque des tiers sont impliqués dans l'exécution d'une saisie. Un office des poursuites n'est pas autorisé à envoyer des lettres standardisées à un grand nombre de tiers.

27 La source du **soupçon d'actifs** du débiteur par l'office des poursuites n'est pas pertinente. Pour les banques, un soupçon suffisant résulte par exemple des relations et des relevés de compte connus ou d'une indication correspondante du débiteur. Il suffit également qu'un débiteur ait son domicile ou son lieu de travail dans un endroit où une banque est physiquement présente par le biais de succursales ou d'une filiale. Cela vaut même si le lieu de résidence ou de travail du débiteur se trouve dans une ville où de nombreuses banques sont physiquement représentées. Du moins, si l'office des poursuites procède de manière échelonnée dans ces régions (c'est-à-dire qu'il n'écrit pas à toutes les banques en même temps), il ne viole pas le principe de proportionnalité.

28 Une banque qui est tenue de fournir des informations en raison du lieu de résidence ou de travail du débiteur dans sa zone de chalandise n'est pas tenue de vérifier si l'office des poursuites a déjà écrit à d'autres banques auparavant. Même si une telle indication ne ressort pas de la demande de renseignements,

la banque peut, selon l'avis défendu ici, se fier au fait que l'office des poursuites procède de manière légale (c'est-à-dire proportionnée).

S'il existe un soupçon de patrimoine dans ce sens, les tiers sont tenus de fournir des renseignements dans la même mesure que le débiteur (art. 91, al. 3, LP). Les tiers doivent également fournir **des renseignements complets**, en tenant compte des restrictions mentionnées en matière de durée et de contenu. Seules sont donc requises et autorisées les informations qui permettent de se faire une idée de la situation financière du débiteur, et ce uniquement pour les transactions remontant à moins de cinq ans (cf. ci-dessus, N. 14 ss). Les informations sur les valeurs patrimoniales qui sont formellement au nom d'un tiers, mais qui appartiennent économiquement au débiteur, sont donc également autorisées. Un profil de personnalité du débiteur établi dans le cadre d'un contrôle de solvabilité ne doit pas être divulgué s'il ne permet pas de tirer des conclusions sur les actifs. 29

Dans le cadre de l'exécution d'une saisie, **les avocats** peuvent également être invités à fournir des informations sur le fait qu'ils détiennent des actifs du débiteur saisi et/ou qu'ils sont ses créanciers. Si tel est le cas, les avocats doivent indiquer précisément de quel type de biens il s'agit. Ils doivent notamment divulguer s'ils disposent d'**avances de frais** et en indiquer le montant. Selon la jurisprudence, aucune autre information, notamment concernant la facturation et les personnes proches du débiteur qui règlent ses honoraires, n'est requise. 30

Le non-respect de l'obligation de renseigner est également punissable pour le tiers (art. 324 CP). Pour les personnes soumises au secret professionnel, cette menace de sanction est problématique dans la mesure où une information trop détaillée constitue une violation du **secret professionnel** et est également punissable. Dans la pratique, cela pose un problème notamment aux banques qui sont confrontées à des demandes de renseignements : si elles fournissent plus d'informations que ne le permet l'art. 91, al. 4, LP, leurs organes ou leurs collaborateurs peuvent être punis pour violation du secret bancaire. En revanche, si elles ne fournissent pas toutes les informations requises par l'art. 91, al. 4, LP, elles s'exposent à une peine pour désobéissance dans la procédure de saisie. 31

IV. OBLIGATION DE RENSEIGNER DES AUTORITÉS (ART. 91, AL. 5, LP)

32 Les autorités sont tenues de fournir des informations dans la même mesure que le débiteur (art. 91, al. 5, LP) . La notion d'autorité englobe **toutes les autorités**. Peu importe qu'il s'agisse d'autorités fédérales, cantonales ou communales, ou le domaine dans lequel l'autorité exerce ses activités. Toutefois, l'office des poursuites n'est pas habilité à menacer l'autorité concernée de sanctions. Si une autorité refuse de fournir les informations, l'office des poursuites doit se référer à la voie disciplinaire.

BIBLIOGRAPHIE

Jeandin Nicolas, Commentaire de l'art. 89 LP, in: Foëx Bénédict/Jeandin Nicolas/Braconi Andrea/Chappuis Benoît (eds.), Commentaire Romand, Poursuite et faillite (LP), 2 édition, Basel 2025 (zit. CR LP- Jeandin).

Kren Kostkiewicz Jolanta, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 4. Aufl., Zürich 2024.

Müller-Chen Markus, Die Auskunftspflicht Dritter beim Pfändungs- und Arrestvollzug, in: BlSchK 2000, S. 201 ff.

Hagenstein Nadine, Kommentierung zu Art. 323 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht (StGB/JStGB), 4. Aufl., Basel 2018 (zit. BSK StGB-Hagenstein).

Meier-Dieterle Felix C./Keller Selim, Der Arrestvollzug bei Banken, in: ZZZ 62 (2023), S. 147 ff.

Jäger Tina, Urteilsbesprechung BGer 5A_470/2020, in: AJP 2021, S. 687 ff.

Sievi Nino, Kommentierung zu Art. 91 SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3., Aufl. 2021 (zit. BSK SchKG-Sievi).

Winkler Thomas, Kommentierung zu Art. 91 SchKG, in: Hunkeler Daniel (Hrsg.), Kurzkommentar, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 3. Aufl., Basel 2025 (zit. KUKO-Winkler).

Winkler Thomas, Kommentierung zu Art. 91 SchKG, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik (Hrsg.), Schulthess Kommentar, Kommentar zum

Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl., Zürich 2017 (zit. SK-Winkler).

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 222 LP

Un commentaire de Selim Marasco-Keller

PROPOSITION DE CITATION

Selim Marasco-Keller, Commentaire de l'art. 222 LP, in: Pasquier Bruno/ Heinzmann Michel (édit.), Commentaire en ligne de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite

Citation abrégée: OK-Marasco-Keller, art. 222 LP N. XXX.

B. Obligation de renseigner et de remettre les objets

Art. 222

[1] Le failli est tenu, sous menace des peines prévues par la loi (art. 163, ch. 1, 323, ch. 4, CP), d'indiquer tous ses biens à l'office et de les mettre à sa disposition.

[2] Si le failli est décédé ou en fuite, ces obligations incombent, sous menace des peines prévues par la loi (art. 324, ch. 1, CP), à toutes les personnes adultes qui faisaient ménage commun avec lui.

[3] À la réquisition du préposé, toutes les personnes ayant une obligation au sens des al. 1 et 2 sont tenues d'ouvrir leurs locaux et leurs meubles. Au besoin, le préposé peut faire appel à la force publique.

[4] Les tiers qui détiennent des biens du failli ou contre qui le failli a des créances ont, sous menace des peines prévues par la loi (art. 324, ch. 5, CP), la même obligation de renseigner et de remettre les objets que le failli.

[5] Les autorités ont la même obligation de renseigner que le failli.

[6] L'office attire expressément l'attention des intéressés sur ces obligations ainsi que sur les conséquences pénales de leur inobservation.

TABLE DES MATIÈRES

I. Remarques préliminaires 172
II. Obligations du débiteur 172
A. Obligation de renseigner et de remettre (art. 222, al. 1 et 2 LP) 172
1. Principe et champ d'application personnel 172
2. Objet de l'obligation de renseigner et de restituer 173
B. Obligation d'ouvrir les locaux et les contenants (art. 222, al. 3, LP) 174
III. Obligations des tiers, en particulier des banques (art. 222, al. 4 LP) 174
1. Principe et champ d'application 174
2. Conditions de l'obligation de renseigner 175
IV. Obligation de renseigner des autorités 175
Bibliographie 176

I. REMARQUES PRÉLIMINAIRES

1 L'art. 222 LP régit l'obligation de renseigner et de restituer en cas de faillite. Cette disposition vise à garantir un **recensement complet et exhaustif de la masse en faillite** afin d'assurer un désintéressement équitable des créanciers. Outre l'obligation de comparaître (art. 229 LP) et l'obligation de vérifier les créances (art. 244 LP), l'obligation de renseigner et de restituer est la seule obligation positive du débiteur dans la procédure de faillite.

2 Le débiteur ainsi que les tiers doivent être informés des conséquences pénales en cas de violation de l'obligation de renseigner (art. 222, al. 6, LP). La menace de sanctions pénales est une condition objective de punissabilité.

II. OBLIGATIONS DU DÉBITEUR

A. Obligation de renseigner et de remettre (art. 222, al. 1 et 2 LP)

1. Principe et champ d'application personnel

3 Selon l'art. 222, al. 1 LP, le débiteur est tenu, sous peine de sanctions, de déclarer tous ses biens à l'office des faillites et de les mettre à sa disposition.

4 **Sur le plan personnel**, le débiteur est soumis à l'obligation de renseigner et de remettre. En ce qui concerne le cas d'application important dans la pratique des sociétés en faillite, les dispositions suivantes s'appliquent :

- **Société anonyme, société à responsabilité limitée et coopérative** : les organes de la société sont soumis à l'obligation de renseigner et de remettre (cf. art. 30, al. 1, OLP). Un éventuel organe de révision est également concerné.
- **Société en nom collectif et société en commandite** : les associés indéfiniment responsables qui sont présents et habilités à gérer les affaires sont tenus de fournir des renseignements et de remettre les biens (cf. art. 30, al. 1, OLP).
- **Association** : les membres du comité directeur sont tenus de fournir des informations et de remettre des documents.

- **Fondation** : les membres de ses organes (c'est-à-dire en particulier le conseil de fondation) sont tenus de fournir des informations et de remettre des documents.

Les organes démissionnaires ou radiés restent tenus de fournir des informations sur les opérations effectuées jusqu'à leur démission ou leur radiation. Les organes de fait sont également concernés. 5

L'office des faillites peut interroger d'autres collaborateurs n'occupant pas de fonction au sein d'un organe, du moins tant que l'office des faillites procède de manière informelle (c'est-à-dire sans menace de sanction). 6

Si le débiteur est décédé ou s'est enfui, ces obligations incombent aux membres adultes de sa famille (art. 222, al. 2, LP). 7

2. Objet de l'obligation de renseigner et de restituer

Le contenu de l'obligation de renseigner et de restituer du débiteur commun correspond à l'obligation du débiteur dans la procédure de saisie (art. 91 LP ; cf. à ce sujet (OK-Marasco-Keller, art. 91 LP N. 10 ss.). Concrètement, il s'agit d'une **obligation globale de renseigner et de restituer** tous les types de biens. Elle concerne non seulement les biens proprement dits, mais aussi tous les documents nécessaires pour rendre ces biens disponibles. L'obligation de renseigner s'étend à toutes les informations permettant de déterminer l'existence, l'étendue et, le cas échéant, l'emplacement des biens. 8

Sur le plan temporel, l'office des faillites peut exiger des informations relatives aux transactions effectuées pendant la période suspecte pour les actions en annulation pauliennes (c'est-à-dire **jusqu'à cinq ans en arrière**). Cette jurisprudence établie pour la procédure de saisie (cf. OK-Marasco-Keller, art. 91 LP N. 16) s'applique également en cas de faillite. L'office des faillites n'a donc pas à démontrer l'urgence particulière des informations relatives à la période suspecte de cinq ans ni à prouver l'existence d'opérations susceptibles d'être contestées. 9

Le débiteur est également tenu de fournir des informations sur les biens situés à l'étranger (sous peine de sanctions). Toutefois, le débiteur ne peut *pas être* contraint, sous peine de sanctions, de rendre les biens situés à l'étranger disponibles pour la masse en faillite. 10

11 L'obligation de renseigner est précisée à l'art. 37 OFC, qui définit (de manière non exhaustive) l'objet de l'audition par l'office des faillites. Selon cette disposition, l'office des faillites doit notamment interroger le débiteur sur ses créanciers connus, les procès en cours, les contrats d'assurance existants, les éventuelles prétentions patrimoniales de ses enfants et son statut militaire.

12 Le débiteur n'est pas en droit de refuser de fournir des informations en invoquant une prétendue insaisissabilité. Il doit donc également fournir des informations sur les biens et valeurs patrimoniales présumés relevant de la compétence d'un tiers et sur lesquels des tiers font valoir des droits.

13 Le débiteur ne peut pas non plus invoquer le secret professionnel ou commercial pour refuser de fournir des informations.

B. Obligation d'ouvrir les locaux et les contenants (art. 222, al. 3, LP)

14 Le débiteur doit ouvrir les locaux et les contenants au fonctionnaire de la faillite sur demande. Si nécessaire, le fonctionnaire de la faillite peut faire appel à la force publique (art. 222, al. 3, LP). Le recours à la force publique peut en principe être immédiat (c'est-à-dire sans autre décision judiciaire) (OK-Marasco-Keller, art. 91 LP N. 22 ss). L'office des faillites décide du recours à la police, mais doit respecter le principe de proportionnalité.

III. OBLIGATIONS DES TIERS, EN PARTICULIER DES BANQUES (ART. 222, AL. 4 LP)

1. Principe et champ d'application

15 Les tiers qui détiennent des biens du débiteur ou auprès desquels celui-ci a des avoirs sont soumis à la même obligation de renseigner et de remettre que le débiteur lui-même (art. 222, al. 4 LP).

16 La notion de tiers doit être comprise au sens large et englobe notamment les **personnes soumises au secret professionnel**. Le secret bancaire ou le secret professionnel des avocats ne justifie pas le refus de fournir des informations sur les biens du débiteur (OK-Marasco-Keller, art. 91 LP N. 25).

17 La notion d'avoir doit également être comprise au sens large. Elle englobe non seulement les « avoirs bancaires » classiques, mais aussi toutes les créances du

débiteur à l'égard de tiers. Elle couvre également, par exemple, les créances cédées en vertu de l'art. 260 LP, car dans ce cas, le créancier cessionnaire dispose d'un actif dont la masse en faillite reste propriétaire.

2. Conditions de l'obligation de renseigner

Pour que l'office des faillites puisse obliger un tiers à fournir des informations, il doit **soupçonner** que ce tiers dispose effectivement de valeurs patrimoniales. Contrairement à la saisie, la faillite est toutefois rendue publique et, avec cette publication, tous les tiers débiteurs sont invités (sous peine de sanctions) à se présenter à l'office des faillites (art. 232, al. 2, LP). 18

La question de savoir si les banques doivent fournir de leur propre initiative (et donc systématiquement) des informations aux offices des faillites après la publication de la faillite est controversée. Étant donné que l'art. 232, al. 2, LP prime sur le secret bancaire, il n'y a, selon l'avis défendu ici, aucune raison de traiter les banques de manière préférentielle par rapport aux autres tiers débiteurs. Dans la pratique, les offices des faillites informent généralement les banques de l'ouverture de la faillite au moyen de demandes d'informations concrètes, ce qui fait qu'il s'agit avant tout d'un problème théorique. 19

Si un tiers est tenu de fournir des informations, cette obligation correspond en substance à celle du débiteur (art. 222, al. 4, LP). Sont concernées toutes les informations qui permettent de tirer des conclusions sur la situation patrimoniale du débiteur. 20

Un tiers débiteur doit communiquer à l'office des faillites tous les documents et informations qu'il serait tenu de communiquer au débiteur lui-même en raison de sa relation avec celui-ci (par exemple conformément à l'art. 400 CO). 21

En vertu de l'art. 222 LP, l'office des faillites peut également exiger d'un créancier cessionnaire des informations sur les créances cédées conformément à l'art. 260 LP. 22

IV. OBLIGATION DE RENSEIGNER DES AUTORITÉS

Les autorités sont soumises à la même obligation de renseigner que le débiteur (art. 222, al. 4, LP). L'obligation de renseigner prévue par le droit de la faillite prime le secret de fonction. Elle s'applique à **toutes les autorités**, 23

qu'il s'agisse d'une autorité fédérale, cantonale ou communale, et quel que soit le domaine dans lequel elle exerce ses activités (cf. à ce sujet OK-Marasco-Keller, art. 91 LP N. 32 ss).

24 L'obligation de renseigner des autorités ne s'applique que dans la mesure où elle concerne des informations essentielles pour la procédure de faillite. Les demandes adressées aux autorités qui vont au-delà de ce cadre ne sont pas admissibles.

BIBLIOGRAPHIE

Bovey Grégory, L' Obligation des tiers de renseigner l'office des pousuites et des faillites (art. 91 al. 4 et 222 al 4 LP), in: JdT 2009 II, p. 62 ff.

François Vouilloz, Commentaire de l'art. 222 LP, in: Foëx Bénédict/Jeandin Nicolas/Braconi Andrea/Chappuis Benoît (eds.), Commentaire Romand, Poursuite et faillite (LP), 2 édition, Basel 2025 (zit. CR LP- Vouilloz).

Hagenstein Nadine, Kommentierung zu Art. 323 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht (StGB/JStGB), 4. Aufl., Basel 2018 (zit. BSK StGB-Hagenstein).

Heinel Bastian, Mitwirkungspflichten bei der Konkursmassenfeststellung, in: SJZ 118 (2022), S. 1141 ff.

Kren Kostkiewicz Jolanta, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 4. Aufl., Zürich 2024.

Krüsi Benno, Kommentierung zu Art. 222 SchKG, in: Hunkeler Daniel (Hrsg.), Kurzkommentar, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 3. Aufl., Basel 2025 (zit. KUKO- Krüsi).

Lustenberger Urs/Sergej Schenker, Kommentierung zu Art. 222 SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3., Aufl. 2021 (zit. BSK SchKG-Lustenberger/Schenker).

Rüetschi Sven/Schrober Roger, Kommentierung zu Art. 30 KOV, in: Milani Dominik/Wohlgemuth Marc (Hrsg.), Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter (KOV) Kommentar, 2016 (zit. Dike Komm. KOV-Rüetschi/Schrober)

Schober Roger/Avdyli-Luginbühl Monika, Kommentierung zu Art. 222 SchKG, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik (Hrsg.), Schulthess Kommentar, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl., Zürich 2017 (zit. SK-Schober/Avdyli-Luginbühl).

Staehelin Daniel, Die internationale Zuständigkeit der Schweiz im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, AJP 1995, S. 259 ff.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 260 LP

Un commentaire de Dominik Milani / Jonas Stähli

PROPOSITION DE CITATION

Dominik Milani/Jonas Stähli, Commentaire de l'art. 260 LP, in: Pasquier Bruno/Heinzmann Michel (édit.), Commentaire en ligne de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite

Citation abrégée: OK-Milani/Stähli, Art. 265 LP N. XXX.

F. Cession de droits

Art. 260

[1] Si l'ensemble des créanciers renonce à faire valoir une prétention, chacun d'eux peut en demander la cession à la masse.

[2] Le produit, déduction faite des frais, sert à couvrir les créances des cessionnaires dans l'ordre de leur rang et l'excédent est versé à la masse.

[3] Si l'ensemble des créanciers renonce à faire valoir une prétention et qu'aucun d'eux n'en demande la cession, cette prétention peut être réalisée conformément à l'art. 256.

TABLE DES MATIÈRES

I. Généralités 181
A. Objet 181
B. Nature juridique 181
II. Conditions de la cession 182
A. Procédure de faillite en cours 182
B. Créances cessibles 182
C. Qualité de créancier 182
D. Décision de renonciation prise par l'assemblée des créanciers 183
E. Demande de cession émanant d'au moins un créancier de la faillite 183
III. Cession et ses conséquences 184
A. Obligation d'utiliser un formulaire 184
B. Durée de la cession 185
C. Cession à plusieurs créanciers cessionnaires en particulier 185
D. Révocation (partielle) de la cession 187
E. Responsabilité des créanciers cessionnaires 188
IV. Répartition du produit du procès (al. 2) 188
V. Possibilité de réalisation selon l'art. 256 LP (al. 3) 189
Bibliographie 190

I. GÉNÉRALITÉS

A. Objet

Conformément à l'art. 240 LP, l'administration de la faillite doit s'occuper de toutes les opérations relatives à la conservation et à la **réalisation de la masse** et, conformément à l'art. 243, al. 1, LP, elle recouvre les créances incontestées et échues de la masse ou du failli. 1

L'art. 260 LP constitue le **mode de réalisation** de tous les éléments de la masse en faillite qui ne sont pas (ou ne peuvent pas être) réalisés en premier lieu dans le cadre d'une vente de gré à gré (art. 256 LP) ou d'une vente aux enchères (art. 257 ss LP). Les actions en annulation au titre de la loi paulienne sont en outre, de par la loi, exclues tant de la vente de gré à gré (art. 256 LP) que de la vente aux enchères (art. 257 ss LP) (art. 256, al. 4, LP) ; une réalisation des actions en annulation pauliennes n'est donc envisageable que dans les limites de l'art. 260 LP (cf. notamment aussi l'art. 10, al. 1, OPA). 2

B. Nature juridique

La doctrine et la jurisprudence qualifient la nature juridique de la cession au sens de l'art. 260, al. 1, LP d'**institution sui generis du droit des poursuites et du droit procédural**. La nature juridique de la cession est rapprochée de la cession de créance, du droit des mandats et de la représentation en justice : Les deux éléments que la cession et la cession au sens de l'art. 260 LP ont en commun sont, d'une part, la conduite d'un procès en son propre nom, pour son propre compte et à ses propres risques. D'autre part, la capacité d'agir en justice est accessoire en tant que droit accessoire de la créance de faillite au sens de l'art. 170 CO. Elle est transférée au cessionnaire en cas de cession de la créance de faillite. En ce qui concerne le droit des mandats, le Tribunal fédéral rapproche à plusieurs reprises la cession d'un mandat de recouvrement. Enfin, le Tribunal fédéral qualifie la cession d'institution pouvant être désignée comme une représentation en justice. La représentation en justice confère au représentant le droit de faire valoir en son propre nom le droit du titulaire matériel. 3

II. CONDITIONS DE LA CESSION

A. Procédure de faillite en cours

4 La cession a lieu **pendant** une **procédure de faillite en cours** (ordinaire ou sommaire). La faillite ne doit donc pas avoir été révoquée, suspendue ou clôturée au moment de la cession.

5 **Après la clôture de la faillite**, les créances douteuses nouvellement découvertes sont toutefois portées à la connaissance des créanciers de la faillite conformément à l'art. 269, al. 3, LP, à la suite de quoi la procédure prévue à l'art. 260 LP s'applique ; sans toutefois que l'entité radiée du registre du commerce (art. 935 CO ; art. 159a, al. 1, let. b, ORC) doive être réinscrite.

B. Créances cessibles

6 L'art. 260, al. 1, LP prévoit que les créances peuvent être cédées aux créanciers du débiteur failli. Sont concernées aussi bien les **créances actives que passives** (c'est-à-dire les droits d'augmentation et de conservation du patrimoine).

7 Les **droits d'augmentation du patrimoine** comprennent par exemple les droits réels ou obligatoires revenant à la masse. Il s'agit en règle générale de créances contestées, telles que les actions révocatoires ou les actions en responsabilité à l'encontre des organes (art. 754 ss CO).

8 Les **créances de conservation de la masse** comprennent notamment la contestation d'un droit de distraction, les créances à l'égard du débiteur insolvable déjà pendantes au moment de l'ouverture de la faillite ou les dettes de la masse douteuses (par exemple, les honoraires du syndic).

C. Qualité de créancier

9 Le droit de cession n'appartient de plein droit qu'aux **créanciers** qui ont été **admis au rang** ou dont la créance n'a pas été rejetée avec force de chose jugée. Si l'admission au rang d'un créancier de faillite n'a pas encore force de chose jugée, la cession n'est valable que sous condition résolutoire. Avec le rejet définitif de l'admission au rang, la cession devient caduque *eo ipso*.

10 Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral et la doctrine dominante, la **cession en chaîne** est **admissible**. Il y a cession en chaîne lorsqu'un

créancier cessionnaire fait lui-même faillite et que le droit d'agir en justice dont il dispose à l'égard du tiers débiteur est cédé à ses créanciers de faillite.

La **cession au tiers débiteur** ou au prétendu débiteur contre lequel la créance cédée est elle-même dirigée (ou à une personne qui lui est proche) est **nulle**. 11

D. Décision de renonciation prise par l'assemblée des créanciers

La décision de renonciation, qui produit ses effets au sein de la procédure de faillite, doit être prise avec la **participation de tous les créanciers de la faillite**, le silence des créanciers de la faillite sur la proposition de décision étant considéré comme un consentement. 12

Dans la **procédure de faillite ordinaire**, la décision de renonciation est généralement prise lors de la deuxième assemblée des créanciers ; dans de rares cas, elle peut également l'être lors de la première assemblée, lors d'une assemblée extraordinaire des créanciers ou par voie de circulaire. 13

Dans la **procédure de faillite sommaire**, la décision de renonciation est généralement prise par voie de circulaire, car les assemblées des créanciers ne sont généralement pas prévues ou ne sont convoquées qu'en raison de circonstances particulières (art. 231, al. 3, ch. 1, LP). 14

E. Demande de cession émanant d'au moins un créancier de la faillite

La demande de cession peut être présentée par tout créancier de la faillite dans le **délai** fixé par l'administration de la faillite. 15

Dans la **procédure de faillite ordinaire**, le délai minimal est de **10 jours**. 16

Pour la **procédure de faillite sommaire**, l'administration de la faillite fixe **en règle générale un délai de 10 à 20 jours** à compter de la notification de la lettre circulaire. 17

III. CESSION ET SES CONSÉQUENCES

A. Obligation d'utiliser un formulaire

18 La cession s'effectue par décision formelle au moyen du **formulaire 7k** (art. 80 OCP), dont le contenu obligatoire est le suivant :

« 1. La cession des droits de poursuite à des tiers n'est admissible qu'en même temps que la créance de faillite admise.

2. Il convient de rendre compte sans délai à l'administration de la faillite du résultat de la revendication des droits de la masse, qu'elle ait eu lieu par voie judiciaire ou extrajudiciaire, en joignant les pièces justificatives.

3. Si les démarches visant à faire valoir les droits aboutissent en tout ou en partie, le produit, dans la mesure où il consiste en espèces, peut être retenu, après déduction des frais, pour couvrir la créance susmentionnée ; tout excédent doit être remis à la masse. Si le produit ne consiste pas en espèces, il doit être remis à l'administration de la faillite en vue de sa réalisation.

4. Les justificatifs des frais engagés doivent être présentés à l'administration de la faillite. Une éventuelle condamnation aux dépens prononcée à l'encontre de la partie adverse doit soit être déduite, soit être cédée à l'administration de la faillite aux fins de recouvrement.

5. Si plusieurs cessions ont été effectuées en faveur de différents créanciers au titre des mêmes droits de la masse, ceux-ci doivent intervenir en tant que parties à la procédure dans le cadre d'un éventuel procès et les parts du produit revenant à chacun d'entre eux sont déterminées par l'administration de la faillite dans une liste de répartition à établir après réception du rapport sur le résultat de la revendication des créances.

6. L'administration de la faillite se réserve le droit d'annuler la cession au cas où la revendication judiciaire n'aurait pas lieu dans un délai qu'elle fixera.

7. Les créanciers concernés sont responsables du préjudice causé à la masse par une conduite fautive de la procédure. »

19 Ces dispositions constituent donc le **contenu minimal** que doit comporter la décision de cession. Il est également nécessaire que la décision de cession mentionne les créanciers cessionnaires par leur nom ou leur raison sociale ; parallèlement, le montant de la créance de faillite est consigné en CHF (l'art.

211, al. 1, LP s'applique par analogie aux créances en devises étrangères), pour autant que celui-ci soit déjà fixé ; sinon, une mention « pro memoria » est inscrite (cf. art. 63, al. 1, OCP). Ces indications sont nécessaires pour que le créancier cessionnaire concerné puisse s'identifier en conséquence, que ce soit vis-à-vis du débiteur et/ou de l'autorité compétente.

Par ailleurs, il est à notre avis admissible d'inclure **d'autres conditions** dans le formulaire 7k (par exemple, en cas de pluralité de créanciers cessionnaires, certains aspects de coordination peuvent y être mentionnés). 20

En application par analogie de l'art. 129 CPC, la décision de cession est rédigée dans la **langue officielle du lieu de la faillite**. 21

B. Durée de la cession

L'administration de la faillite fixe au(x) créancier(s) cessionnaire(s) un **délai pour faire valoir ses droits devant le tribunal** (ch. 6 du formulaire 7k). 22

Ce délai est un **délai d'ordre** destiné à garantir une procédure rapide de la part des créanciers cessionnaires. Ce délai est prorogeable. L'expiration du délai d'ordre n'entraîne pas automatiquement la caducité de la décision de cession. Celle-ci suppose au contraire une révocation formelle par l'administration de la faillite. 23

Les délais prévus à l'art. 33, al. 1, OIF-FINMA (**faillite bancaire**) et à l'art. 32, al. 1, OIF-FINMA (**faillite d'assurance**) ne sont pas des délais d'ordre, mais des **délais de forclusion**. 24

C. Cession à plusieurs créanciers cessionnaires en particulier

La décision de cession **accorde** à chaque créancier cessionnaire le **droit d'agir en justice** sur la créance revenant au débiteur failli à l'égard du tiers débiteur. 25

Dans le cadre de l'exercice de l'action par le demandeur, les créanciers cessionnaires constituent ce que l'on appelle des **parties nécessaires improprement dites**. Comme dans le cas d'une litispartie nécessaire, les créanciers cessionnaires doivent obtenir un jugement univoque. 26

En vertu de la capacité d'ester en justice qui leur est accordée, chaque créancier cessionnaire dispose, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral et 27

la doctrine dominante, d'un **droit d'intenter une action individuelle**. Dans ce contexte, il est concevable qu'un créancier cessionnaire intente une action sans les autres. Selon l'avis qui prévaut ici, ni un tribunal ni l'administration de la faillite ne peuvent contraindre les autres créanciers cessionnaires à participer à une action individuelle.

28 Les tribunaux vérifient la **composition des parties** à l'aide du formulaire 7k, sur lequel figurent les noms de tous les créanciers cessionnaires à la date de la décision.

29 S'il s'avère que seul un créancier cessionnaire ou une partie d'entre eux engage une action, les tribunaux doivent rendre une décision de non-entrée en matière en raison de l'absence de **capacité d'ester en justice**, qui est examinée comme une **condition préalable à la procédure**.

30 Une **décision de non-entrée en matière** peut notamment être évitée si les créanciers cessionnaires non impliqués dans la procédure renoncent à leur capacité d'ester en justice, se joignent à la procédure en tant qu'intervenants accessoires ou cèdent leur créance de faillite au créancier cessionnaire qui intente l'action individuelle.

31 L'ouverture d'une **procédure parallèle** avec jonction est également envisageable. Selon l'avis qui prévaut ici, l'administration de la faillite ne peut contraindre les autres créanciers cessionnaires à exercer l'une des possibilités de coordination susmentionnées. C'est pourquoi, pour faire valoir leurs droits, seule une action conjointe des créanciers cessionnaires est en principe efficace. Si les créanciers cessionnaires ne parviennent pas à s'entendre sur les éléments nécessaires à l'introduction de l'action, tels que la compétence territoriale ou matérielle ou la date d'introduction de l'action, l'administration de la faillite doit édicter des directives faisant autorité. L'administration de la faillite révoque la décision de cession à l'encontre des créanciers cessionnaires qui agissent à l'encontre de ces directives.

32 Le Tribunal fédéral et la doctrine dominante autorisent les créanciers cessionnaires à **mener la procédure de manière non uniforme**. Cela s'explique par les intérêts divergents des créanciers cessionnaires en ce qui concerne la répartition du produit de la vente. Pour les tribunaux, cela signifie qu'ils peuvent, dans certaines circonstances, être confrontés à plusieurs requêtes émanant des créanciers cessionnaires. Les tribunaux doivent

résoudre les contradictions concernant les allégations de fait ou les demandes de preuve par le biais de l'appréciation judiciaire des preuves.

Une autre particularité de la litispendance nécessaire impropre réside dans le fait que les créanciers cessionnaires disposent d'un **droit de se retirer à tout moment** de la procédure, sans que celle-ci ne prenne fin pour les autres parties à la litispendance. 33

Pour **des explications approfondies** concernant les éléments précités de la litispendance nécessaire impropre au sens de l'art. 260 LP et concernant d'autres questions spécifiques, par exemple l'effet d'interruption de la prescription d'une action individuelle ou d'une poursuite individuelle, les modalités d'un concordat proprement dit ou séparé avec le tiers débiteur, l'intervention d'un créancier cessionnaire avec une décision de cession a posteriori au sens de l'art. 251 LP, la cession de la créance faillitaire et son effet sur la litispartite ainsi que la mise à charge des frais de procédure, il est renvoyé à **Stähli**. 34

D. Révocation (partielle) de la cession

Conformément au ch. 6 du formulaire 7k, l'administration de la faillite peut révoquer la cession à l'égard d'un créancier cessionnaire après lui avoir fixé un délai pour faire valoir sa **créance** devant le tribunal. Cette compétence garantit que les créanciers cessionnaires ne retardent pas l'exécution de la créance. En cas de désaccord entre les créanciers cessionnaires sur la manière dont la créance doit être exercée, l'administration de la faillite peut donner des **instructions** aux créanciers cessionnaires. Si une partie des créanciers cessionnaires refuse de se conformer à ces instructions, l'administration de la faillite peut révoquer leur cession à l'expiration du délai.

L'effet juridique de la révocation, à savoir la **perte de la capacité d'ester en justice** des créanciers cessionnaires concernés par la décision de révocation, ne prend pas effet dès l'expiration du délai, mais seulement à compter de la prononciation de la décision de révocation. La prononciation de la décision de révocation après l'expiration du délai est laissée à la discrétion de l'administration de la faillite. 36

E. Responsabilité des créanciers cessionnaires

37 Le formulaire 7k prévoit, au ch. 7, que les créanciers cessionnaires sont responsables envers la masse des préjudices résultant d'une conduite fautive de la procédure de leur part. Le formulaire 7k ne précise pas davantage ce qu'il faut entendre exactement par « conduite fautive de la procédure ». Le Tribunal fédéral précise à cet égard que les créanciers cessionnaires ne sont pas soumis à une responsabilité s'ils ne font pas valoir l'intégralité de la créance du débiteur failli à l'égard du tiers débiteur. Les créanciers cessionnaires sont libres de ne faire valoir qu'une **partie de la créance**, que ce soit sous la forme d'une action partielle ou d'un règlement à l'amiable.

38 Une **responsabilité envers la masse** est en revanche envisageable lorsqu'un créancier cessionnaire, par ses agissements, place la masse dans une situation moins favorable que celle qui aurait prévalu si aucune cession n'avait eu lieu. On peut citer à titre d'exemple un créancier cessionnaire qui se fait céder la créance et omet ensuite d'interrompre la prescription.

IV. RÉPARTITION DU PRODUIT DU PROCÈS (AL. 2)

39 **Ont droit au produit** les créanciers cessionnaires qui ont contribué à l'obtention du droit par le demandeur, c'est-à-dire qui ne se sont pas retirés de la procédure avant le prononcé du jugement. Le produit constitue « la prime pour les efforts déployés afin d'obtenir le résultat du procès et, en particulier, pour la prise en charge du risque de devoir supporter les frais de procédure ».

40 Pour calculer le produit à répartir entre les créanciers cessionnaires, on déduit au préalable du produit généré les frais engagés dans le cadre de l'action et qui sont déductibles. Le produit est réparti conformément au système prévu à l'**art. 219 LP**. Les créanciers cessionnaires dont les créances de faillite ont été admises au classement dans une classe antérieure sont désintéressés en premier lieu. Au sein d'une même classe, la répartition s'effectue en fonction de la quote-part des créances admises au classement. En présence de plusieurs créanciers cessionnaires, l'administration de la faillite établit une liste de répartition spéciale selon la classe et le montant des créances de faillite respectives (art. 86 OCF).

S'il existe un **excédent** dépassant le montant des créances collatées des créanciers cessionnaires, celui-ci revient à la masse. Dans la pratique, un tel excédent est extrêmement rare, car un créancier cessionnaire limitera généralement le montant de sa créance au montant de sa créance collatée afin de réduire le risque lié aux frais de procédure. 41

V. POSSIBILITÉ DE RÉALISATION SELON L'ART. 256 LP (AL. 3)

L'art. 260, al. 3, LP prévoit que, dans le cas où l'ensemble des créanciers renonce à faire valoir les créances à céder et n'exige pas de cession, les créances peuvent être réalisées conformément à l'**art. 256 LP**. Cela signifie que la réalisation de ces créances peut s'effectuer par voie d'enchères ou de vente de gré à gré. 42

L'administration de la faillite doit ainsi pouvoir tenter, en dernier recours, de réaliser également ces créances illiquides – pour lesquelles aucun créancier cessionnaire n'a pu être trouvé. Toutefois, les actions en annulation au titre de l'action paulienne ne peuvent faire l'objet d'une réalisation au sens de l'art. 256 LP (art. 256, al. 4, LP) ; elles s'éteignent donc et doivent être radiées de l'inventaire de la faillite. 43

Contrairement à la cession prévue aux art. 260 LP et 80 OCP, une réalisation au sens de l'art. 256 LP a pour effet que la **créance illiquide est exclue de la masse active** ; par conséquent, tant l'adjudication dans le cadre d'une vente forcée (art. 258 LP) qu'une éventuelle vente de gré à gré (art. 256 LP) ont pour effet, en tant qu'actes de puissance publique, l'acquisition de la créance illiquide. En conséquence, l'art. 260, al. 2, LP ne s'applique pas non plus. L'acquéreur est toujours le seul à bénéficier d'un éventuel résultat positif de la procédure. Il n'est donc pas tenu de remettre un éventuel excédent réalisé. 44

L'administration de la faillite n'est toutefois pas tenue de toujours tenter de réaliser les créances illiquides non cédées conformément à l'art. 260, al. 3, en relation avec l'art. 256 LP, ce qui découle de la formulation potestative de l'al. 3 de l'art. 260 LP. Il appartient plutôt, à notre avis, à l'**appréciation de l'administration de la faillite** de décider si une réalisation en vertu de l'art. 260, al. 3, en relation avec l'art. 256 LP, est envisageable. 45

46 Toutefois, si la créance illiquide ne peut pas non plus être réalisée par voie de vente forcée et/ou de vente de gré à gré, celle-ci **est exclue de la masse de la faillite**. En référence à l'arrêt Lorandi, cela signifie simplement que le failli recouvre partiellement le pouvoir de disposition au sens de l'art. 204 LP, et ce uniquement en ce qui concerne la créance en question. Le débiteur recouvre le pouvoir de disposition *eo ipso* du fait qu'une réalisation au sens de l'art. 260, al. 3, en relation avec l'art. 256 LP ne peut ou n'a pas pu avoir lieu.

BIBLIOGRAPHIE

Amonn Kurt/Walther Fridolin, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013.

Bachofner Eva, Kommentierungen zu Art. 260 SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. 2, 3. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK SchKG II-Bachofner).

Bommer Florian, Kommentierung zu Art. 48 KOV, in: Milani Dominik/Wohlgemuth Marc, Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter (KOV) - Kommentar, Zürich 2016 (zit. KOV Komm.-Bommer).

Bürgi Urs, Kommentierungen zu Art. 251 SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. 2, 3. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK SchKG II-Bürgi).

Bürgi Urs, Kommentierungen zu Art. 260 SchKG, in: Hunkeler Daniel (Hrsg.), Kurzkommentar SchKG, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, 3. Aufl., Basel 2025 (zit. Kuko SchKG-Bürgi).

Daetwyler George/Stalder Christian, Zum Verfahren des Zürcher Handelsgerichts: Allgemeiner Verfahrensgang und Zuständigkeit des Handelsgerichts, in: Alexander Brunner/Peter Nobel (Hrsg.), Handelsgericht Zürich 1866–2016: Zuständigkeit, Verfahren und Entwicklung, Zürich 2016, S. 139–162.

Flachsmann Jean, Die Abtretung der Rechtsansprüche der Konkursmasse nach Art. 260 SchKG, Diss. 1927.

Fritzsche Hans/Walder Hans Ulrich, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. II, Zürich 1993 (zit. Fritzsche/Walder, Bd. II).

Gilliéron Pierre Robert, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Articles 159–270, Lausanne 2001 (zit. Gilliéron, Commentaire LP).

Gilliéron Pierre Robert, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 5. Aufl., Basel 2012 (zit. Gilliéron, Poursuite).

Grolimund Pascal/Ammann Dario, Kommentierung zu § 13, in: Staehelin Daniel/Grolimund Pascal, Zivilprozessrecht: Unter Einbezug des Anwaltsrecht und des internationalen Zivilprozessrechts, 4. Aufl., Zürich 2024 (zit. Grolimund/Ammann, in: Staehelin/Grolimund).

Habscheid Walther, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht: Ein Lehrbuch seiner Grundlagen, 2. Aufl., Basel 1990.

Handschin Lukas/Jung Peter, Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Rechte und Pflichten der Aktionäre, Art. 660-697m OR, 2. Aufl., Zürich 2021.

Häuptli Matthias, Kommentierung zu Art. 80 KOV, in: Milani Dominik/Wohlgemuth Marc, Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter (KOV) - Kommentar, Zürich 2016 (zit. KOV Komm.-Häuptli).

Jeanneret Vincent/Karina Beaud, Kommentierung zu Art. 260 SchKG, in: Dallèves Louis /Foëx Bénédict/Jeandin Nicolas (Hrsg.), Commentaire romand, Commentaire de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi fédérale sur le droit international privé, 2. Aufl., Basel 2025 (zit. CR LP-Jeanneret/Beaud).

Kren Kostkiewicz Jolanta, Orell Füssli Kommentar, SchKG Kommentar, 20. Aufl., Zürich 2020 (zit. OFK SchKG-Kren Kostkiewicz).

Leuch Georg et al., Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Kommentar samt einem Anhang zugehöriger Erlasse, 5. Aufl., Bern 2000.

Leuenberger Christoph, Die Streitgenossenschaft der Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG, in: Riemer Hans et al. (Hrsg.), Schweizerisches und internationales Zwangsvollstreckungsrecht, Festschrift für Karl Spühler, Zürich 2005, S. 195–206 (zit. Leuenberger, Streitgenossenschaft).

Leuenberger Christoph/Uffer-Tobler Beatrice, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999.

Lorandi Franco, Abtretung gemäss Art. 260 SchKG bei Vergleich und im Prozess, BlSchK 2008, S. 41–49 (zit. Lorandi, Vergleich).

Lorandi Franco, Abtretung gemäss Art. 260 SchKG an mehrere Gläubiger, Die Entzauberung der bedingt notwendigen Streitgenossenschaft, AJP 2019, S. 281–286 (zit. Lorandi, Gläubiger).

Lorandi Franco, Abtretung von Rechtsansprüchen gemäss Art. 260 SchKG, Grundlegendes und ausgewählte Fragen, in: Jeandin Nicolas et al. (Hrsg.), Sviluppi e orientamenti del diritto esecutivo federale: atti della giornata di studio del 20 ottobre 2011, Lugano 2012, S. 63–89 (zit. Lorandi, Abtretung).

Lorandi Franco, Entgeltliche Verwertung von strittigen Rechtsansprüchen in der Generalexekution, Teleologische Reduktion von Art. 260 Abs. 3 SchKG, AJP 2013, S. 1758–1764 (zit. Lorandi, Verwertung).

Lorandi Franco, Löschung einer Gesellschaft im Handelsregister nach Abschluss des Insolvenzverfahrens, Können Abtretungsgläubiger i.S.v. Art. 260 SchKG weiterhin vorgehen?, AJP 2018, S. 724–733 (zit. Lorandi, Löschung).

Lorandi Franco, Unzulässigkeit Insolvenzmassen übergreifender «Kettenabtretungen» gemäss Art. 260 SchKG, AJP 2007, S. 305–310 (zit. Lorandi, Kettenabtretung).

Lorandi Franco, Zirkularbeschlüsse im SchKG, ZZZ 2019, S. 31–40 (zit. Lorandi, Zirkularbeschlüsse).

Lötscher Cordula, Die Prozessstandschaft im schweizerischen Zivilprozess, Basel 2016 (zit. Lötscher, Prozessstandschaft).

Mabillard Ramon, Abtretung nach Art. 260 SchKG – Cession selon l'art. 260 LP – Cessione giusta l'artl 260 LEF, SZZP 2018, S. 158 ff.

Meier Isaak, Schweizerisches Zivilprozessrecht: Eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zürich 2010 (zit. Meier, Zivilprozessrecht).

Milani Dominik, Die Koordination unter mehreren Abtretungsgläubigern nach Art. 260 SchKG, BlSchK 2019, S. 145–158 (zit. Milani, Koordination).

Muster Eric, Cession des droits de la masse (art. 260 LP) à de nombreux cessionnaires et consorité nécessaire : comment gérer cela?, in: Peroz Anne/Haldy Jacques/Piotet Denis (Hrsg.), Du Plaict aux plaideurs, Mélanges en l'honneur du Professeur Denis Tappy, Bern 2024, S. 679 ff.

Schlaepfer Ralf, Abtretung streitiger Rechtsansprüche im Konkurs, Zürich 1990.

Schneller Yves, Die Organe der Aktiengesellschaft bei einer ordentlichen Fusion, Stellung, Pflichten und Verantwortlichkeit nach Fusionsgesetz, Zürich 2006.

Staehelin Matthias/Stojiljković Mladen, Kommentierungen zu Art. 261 SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. 2, 3. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK SchKG II-Staehelin/Stojiljković).

Stähli Jonas, Die aktive uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG in der ZPO, Zürich 2024 (abrufbar unter diesem Link).

Stoffel Walter/Chabloz Isabelle, Voies d'exécution, Poursuite pour dettes, exécution de jugements et faillite en droit suisse, 3. Aufl., Bern 2016.

Tschumy Jean-Luc, Quelques réflexions à propos de la cession des droits de la masse au sens de l'art. 260 LP, JdT II 1999, S. 34–55.

Vogel Oscar, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahre 1995, ZBJV 1996, S. 808–826.

von Holzen Cristina, Die Streitgenossenschaft im schweizerischen Zivilprozess, Basel 2006.

COMMENTAIRE

Art. 265 LP

Un commentaire de Arnaud Constantin

PROPOSITION DE CITATION

Arnaud Constantin, Commentaire de l'art. 265 LP, in: Pasquier Bruno/ Heinzmann Michel (édit.), Commentaire en ligne de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite

Citation abrégée: OK-Constantin, art. 265 LP N. XXX.

E. Acte de défaut de biens

1. Contenu et effets

Art. 265

[1] En procédant à la distribution, l'administration remet à chaque créancier qui n'a pas été payé intégralement, un acte de défaut de biens pour le montant impayé. L'acte mentionne si le failli a reconnu ou contesté la créance. Dans le premier cas, il vaut comme reconnaissance de dette dans le sens de l'art. 82.

[2] L'acte de défaut de biens permet de requérir le séquestre et il produit les effets juridiques mentionnés aux art. 149, al. 4, et 149*a*. Toutefois une nouvelle poursuite ne peut être requise sur la base de cet acte que si le débiteur revient à meilleure fortune. Sont également considérées comme meilleure fortune les valeurs dont le débiteur dispose économiquement.

[3] ...

TABLE DES MATIÈRES

I. Acte de défaut de biens après faillite 197
A. Notion 197
B. Effets 201
1. Similitudes avec l'acte de défaut de biens après saisie 201
2. Différences avec l'acte de défaut de biens après saisie 203
II. Exception tirée du non-retour à meilleure fortune 208
A. Généralités 208
B. Détermination de la « meilleure fortune » 209
C. Prévention des risques d'abus 215
1. Saissabilité des biens appartenant à un tiers 215
2. Rôle du juge 217
Bibliographie 217
Matériaux 220

I. ACTE DE DÉFAUT DE BIENS APRÈS FAILLITE

A. Notion

L'acte de défaut de biens après faillite est une **attestation** revêtue de la foi publique au sens de l'art. 8 al. 2 LP, remise au terme de la faillite par l'administration de la faillite à chaque créancier qui n'a pas été entièrement désintéressé à l'issue de la procédure de faillite ordinaire (art. 221 ss LP) ou sommaire (art. 231 LP ; cf. N. 5 en cas de suspension de la faillite faute d'actifs).[1] Il mentionne précisément et atteste à hauteur de quel montant chaque créance définitivement colloquée n'est pas couverte par le produit de liquidation, y compris s'agissant des frais de poursuite et des intérêts courus jusqu'au jour de l'ouverture de la faillite (art. 209 LP).[2] Il permet aux créanciers qui ont subi une perte d'introduire de nouvelles poursuites contre le débiteur failli en vue d'obtenir le solde de leurs créances (cf. N. 17 ; N. 22 ss pour la condition du retour à meilleure fortune pour continuer de telles poursuites).[3] 1

Le **droit à la délivrance** d'un acte de défaut de biens après faillite appartient à tout créancier d'une personne physique ou morale[4] qui a produit sa créance dans le délai de production lors de l'appel aux créanciers (art. 232 al. 2 ch. 2 LP) et dont la créance n'a pas été définitivement écartée.[5] Les créanciers privilégiés ont un droit correspondant, notamment les créanciers d'aliments qui, bien que colloqués en première classe selon l'art. 219 al. 4 let. c LP, n'auraient pas été intégralement désintéressés.[6] Ce droit existe aussi pour les créanciers-gagistes ; un certificat d'insuffisance de gage selon l'art. 158 LP 2

1. ATF 116 III 66, consid. 4 ; ATF 98 Ia 353, consid. 2 ; TF 4A_480/2017, arrêt du 2.5.2018, consid. 4.1 ; Bopp, p. 36 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 3 ; CR, Jeandin, art. 265 LP N 3 s. ; Duc, JdT 2018, p. 87 ; Gilliéron, Commentaire, art. 265 LP N 9 et 12 ; Marchand/Hari, N 729 ; Sogo, p. 67 ; Stoffel/Chabloz, § 11 N 137.
2. OGer TG, ZBS.2022.11, arrêt du 21.6.2022, consid. 2a, RBOG 2022 p. 125 ; Amonn/Walther, § 48 N 22 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 3 ; CR, Jeandin, art. 265 LP N 7 ; Geissbühler, N 176 ; SK, Schober, art. 265 LP N 8 ; Sogo, p. 67.
3. Marchand, JdT 2018, p. 6.
4. Bopp, p. 36 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 3 ; CR, Jeandin, art. 265 LP N 6 ; Gilliéron, Commentaire, art. 265 LP N 12 ; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Commentaire, art. 265 LP N 4 ; *contra* : Amonn/Walther, § 48 N 31, qui considèrent qu'un acte de défaut de biens n'est pas délivré en pratique après la liquidation de la faillite d'une personne morale faute pour la personnalité de celle-ci de survivre à cette procédure.

n'étant pas délivré au terme de la procédure de faillite pour cette catégorie de créanciers (cf. art. 219 al. 1 LP pour le droit préférentiel des créanciers-gagistes sur le produit de réalisation ; cf. art. 89 al. 2 ORFI pour la poursuite en réalisation de gage à diriger contre le tiers propriétaire en cas de disparition de la personne morale à la suite de la faillite).[7] Le créancier d'un débiteur décédé ou absent a aussi le droit à la délivrance d'un acte de défaut de biens. Cas échéant, le décès ou l'absence sont à mentionner expressément dans l'attestation.[8] Les créanciers dont la créance est soumise à condition suspensive ou dont l'échéance est incertaine au sens de l'art. 264 al. 3 LP ne reçoivent un acte de défaut de biens qu'au moment de la naissance de leur droit.[9] La faillite ayant pour effet de rendre exigibles les dettes du failli qui ne le sont pas encore (art. 208 al. 1 LP), un acte de défaut de biens « ordinaire » sera délivré pour les créances qui n'étaient pas encore exigibles avant l'ouverture de la faillite.[10]

3 La remise de l'acte de défaut de biens est concomitante à la distribution d'un éventuel dividende aux créanciers (cf. art. 266 LP pour la distribution de dividendes provisoires).[11] Elle a lieu **d'office**, sans qu'une requête en ce sens des créanciers soit nécessaire, aussitôt que le montant de la perte est établi et que l'administration de la faillite s'est assurée qu'aucun recours n'a été déposé à l'encontre du tableau de distribution (art. 88 OAOF).[12] Son émission en

5. BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 3 s. ; CR, Jeandin, art. 265 LP N 6 ; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Commentaire, art. 265 LP N 5 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265 LP N 1. Pour les créances non encore exigibles au moment de l'ouverture de la faillite, assorties d'une condition suspensive ou dont l'échéance est incertaine au sens de l'art. 264 al. 3 LP : SK, Schober, art. 265 LP N 7. Dans le cas où le débiteur est une commune surendettée : Dallèves, SJ 2001 II 178.
6. Jeandin, Fampra 2023, p. 918.
7. TF 5A_282/2016, arrêt du 17.1.2017, consid. 3.3 ; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Commentaire, art. 265 LP N 5 ; SK, Schober, art. 265 LP N 4 et 6. Cf. en cas de copropriété sur un immeuble : BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 6 ; Gilliéron, Commentaire, art. 265 LP N 16.
8. Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Commentaire, art. 265 LP N 7 ; SK, Schober, art. 265 LP N 10.
9. Gilliéron, Commentaire, art. 265 LP N 10 ; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Commentaire, art. 265 LP N 5 ; SK, Schober, art. 265 LP N 7.
10. SK, Schober, art. 265 LP N 7. Cf. ég. Gut/Rajower/Sonnenmoser, PJA 1998, p. 538.
11. SK, Schober, art. 265 LP N 1.
12. CJ GE, DCSO/82/2023, arrêt du 8.2.2023, consid. 2.2.1 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 5 ; CR, Jeandin, art. 265 LP N 6 ; Gilliéron, Commentaire, art. 265 LP N 12 ; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Commentaire, art. 265 LP N 4 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265 LP N 2 ; SK, Schober, art. 265 LP N 3.

format électronique est possible.[13] Il peut être porté plainte au sens de l'art. 17 LP lorsque l'office refuse, tarde ou omet de délivrer l'acte de défaut de biens.[14] Les frais pour l'établissement et la remise de l'acte sont inclus dans les frais de liquidation de la faillite (art. 262 al. 1 LP).[15] En cas de perte, l'office délivre un duplicata sur requête motivée du créancier.[16]

Les statistiques relatives au nombre de procédures de faillite ouvertes en Suisse et dans chaque canton sont disponibles sur le site de l'office fédéral de la statistique. En suisse, 1'425 faillites ont été ouvertes en 2024 s'agissant de personnes privées et 7'743 s'agissant de personnes morales insolvables (<https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/catalogues-banques-donnees.assetdetail.34907026.html>, consulté le 20.10.2025). Les cantons ont, conformément à l'art. 8 Oform *a contrario*, la faculté mais non l'obligation de tenir un **registre** des actes de défaut de biens.[17] Il n'existe par conséquent pas toujours de statistiques cantonales s'agissant du nombre d'actes de défaut de biens émis. 4

L'acte de défaut de biens n'est **pas délivré** au créancier lorsque le débiteur n'est pas tombé en faillite,[18] lorsque la procédure de faillite ordinaire ou sommaire n'est pas encore liquidée,[19] pour les dettes de la masse en faillite,[20] dans le cas théorique où le produit de liquidation ne suffit pas pour payer les frais de procédure à couvrir en premier lieu (art. 262 al. 1 LP)[21] ou lorsque la faillite est suspendue faute d'actifs (art. 230 LP).[22] Dans le dernier cas, les poursuites introduites avant l'ouverture de la faillite renaissent après la suspension de la faillite (art. 206 et 230 al. 4 LP). Les créanciers ont alors la possibilité de poursuivre le débiteur par voie de saisie dans les deux ans à compter de la suspension de la liquidation (art. 230 al. 3 LP), auquel cas ils 5

13. Cf. Postulat 12.3957. Cf. ég. Babi, BlSchK 2022, p. 110 ss, dont les considérations relatives à l'acte de défaut de biens après saisie peuvent être reprises *mutatis mutandis*.
14. CR, Jeandin, art. 265 LP N 4 ; Gilliéron, Commentaire, art. 265 LP N 13.
15. CR, Jeandin, art. 265 LP N 6a ; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Commentaire, art. 265 LP N 4 ; SK, Schober, art. 265 LP N 3.
16. Duc, JdT 2018, p. 95 ; Gilliéron, Commentaire, art. 265 LP N 11 ; Jeandin, SJ 1997, p. 263.
17. TF 5A_118/2024, arrêt du 21.5.2024, consid. 5.2.2.
18. TF 5A_415/2017, arrêt du 18.12.2017, consid. 3.2 ; TF 5A_167/2010, arrêt du 27.4.2010, consid. 2.1 s. ; TC VD, ML/2019/207, arrêt du 6.11.2019 ; Gut/Rajower/Sonnenmoser, PJA 1998, p. 531 ; Spahr, BlSchK 2004, p. 123.
19. BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 4 ; CR, Jeandin, art. 265 LP N 2.
20. SK, Schober, art. 265 LP N 5 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 3.
21. CR, Jeandin, art. 265 LP N 7a ; SK, Schober, art. 265 LP N 5.

obtiendront un acte de défaut de biens après saisie (cf. N. 11 ss pour les différences avec l'acte de défaut de biens après faillite).[23] La question de savoir si cette possibilité appartient aussi aux créanciers d'une personne morale dont la faillite est suspendue faute d'actifs est controversée.[24] De mon point de vue, la réponse est dans la plupart des cas négative. En effet, l'art. 159a al. 1 let. a ORC prescrit la radiation d'office de la personne morale dont la faillite est suspendue faute d'actifs lorsqu'aucune opposition motivée n'a été présentée dans le délai de deux ans susvisé. L'art. 230 al. 3 LP n'est ainsi applicable que dans les rares cas dans lesquels la personne morale n'a pas été radiée ou a été réinscrite au registre du commerce (par exemple en cas de découverte de nouveaux actifs). Les avis spéciaux aux créanciers concernant le dépôt du tableau de distribution et qui font état des créances admises à l'état de collocation par le débiteur failli ne constituent pas non plus des actes de défaut de biens après faillite au sens de l'art. 265 al. 1 LP.[25]

6 Les créances qui n'ont pas été produites dans le délai de l'art. 232 al. 2 ch. 2 LP ou tardivement selon l'art. 251 LP sont **assimilées** à celles qui sont attestées par un acte de défaut de biens et soumises aux mêmes restrictions (art. 267 LP). Elles ne portent plus intérêt. La poursuite est conditionnée au retour à meilleure fortune du débiteur (cf. OK-Constantin, art. 267 LP N. 10).[26] Même après la répartition complète des actifs du débiteur failli, le créancier (tardif) peut avoir un intérêt à la collocation de sa créance pour préserver les droits prévus aux art. 265 et 269 LP, notamment le droit à la délivrance d'un acte de défaut de biens.[27]

22. TF 5A_167/2010, arrêt du 27.4.2010, consid. 2.2 ; TF 5A_40/2007, arrêt du 23.5.2007, consid. 4.1 et 6.1 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 4 ; CR, Jeandin, art. 265 LP N 2 ; Gut/Rajower/Sonnenmoser, PJA 1998, p. 531 ; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Commentaire, art. 265 LP N 2 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265 LP N 1 ; Marchand/Hari, N 738 s. et la référence citée ; SK, Schober, art. 265 LP N 1 ; Spahr, BlSchK 2004, p. 123. Cf. ATF 141 III 590, consid. 3.2.1 ; TF 5A_50/2015, arrêt du 28.9.2015, consid. 3.2.1 pour l'intérêt du débiteur à s'opposer à la suspension de la faillite faute d'actifs notamment en cas d'intérêt à la délivrance d'actes de défaut de biens et les effets qui en découlent.
23. TF 5A_40/2007, arrêt du 23.5.2007, consid. 4.1 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 4 ; CR, Jeandin, art. 265 LP N 2.
24. Cf. BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 4.
25. TC FR, 102 2022 151, arrêt du 20.10.2022, consid. 2.3.
26. TF 5A_167/2010, arrêt du 27.4.2010, consid. 2.1 ; TF 5A_169/2008, arrêt du 29.1.2009, consid. 2.3.1 ; Amonn/Walther, § 48 N 30 ; CR, Jeandin, art. 265 LP N 19 ; Gut/Rajower/Sonnenmoser, PJA 1998, p. 538 ; Jeandin, SJ 1997, p. 303 ; Muster, BlSchK 2013, p. 4 ; Stoffel/Chabloz, § 11 N 138.

B. Effets

1. Similitudes avec l'acte de défaut de biens après saisie

Les effets de l'acte de défaut de biens après faillite sont réglés à l'art. 265 al. 1 et 2 LP. Cet article **renvoie** partiellement aux effets juridiques de l'acte de défaut de biens après saisie (art. 265 al. 2, 1ère phr. LP et le renvoi aux art. 149 al. 4 et 149a LP).[28] 7

Tout comme l'acte de défaut de bien après saisie, la créance ne **porte plus intérêt** (art. 149a al. 4 LP en lien avec l'art. 265 al. 2 LP ; cf. N. 6)[29] et se **prescrit** à l'égard du débiteur failli par vingt ans[30] dès la délivrance de l'acte de défaut de biens (art. 149a al. 1 LP en lien avec l'art. 265 al. 2 LP)[31] et par un an à compter de l'ouverture de la succession à l'égard des héritiers du failli (art. 149a al. 1 LP en lien avec l'art. 265 LP et les art. 586 al. 2 et 567 CC qui prévoient une suspension du délai de prescription durant la prise d'inventaire ou le délai de répudiation).[32] Après l'acquisition de la prescription, l'acte de défaut de biens n'a plus d'effet.[33] Les art. 127 ss CO et les délais ordinaires de prescription demeurent en revanche applicables aux coobligés et cautions du 8

27. ATF 138 III 437, consid. 4.2.3.
28. Message 1991, p. 181 ; ATF 116 III 66, consid. 4a ; Amonn/Walther, § 48 N 23 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 8 ; CR, Jeandin, art. 265 LP N 9 ; Gilliéron, Commentaire, art. 265 LP N 6 ; Stoffel/Chabloz, § 11 N 139.
29. Message 1991, p. 181 ; ATF 102 Ia 363, consid. 2a ; OGer TG, ZBS.2022.11, arrêt du 21.6.2022, consid. 2a, RBOG 2022, p. 125 ; KGer GR, KSK 22 45, arrêt du 13.12.2022, consid. 5.1 ; Amonn/Walther, § 48 N 24 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 8 ; CR, Jeandin, art. 265 LP N 9 ; Gilliéron, Commentaire, art. 265 LP N 6 et 28 ; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Commentaire, art. 265 LP N 12 ; Kren Kostkiewicz, N 2032 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265 LP N 4 ; SK, Schober, art. 265 LP N 15 ; Stoffel/Chabloz, § 11 N 140.
30. Avant la révision de la LP du 16 décembre 1994, entrée en vigueur le 1er janvier 1997, les créances constatées par un acte de défaut de biens étaient imprescriptibles : Message 1991 III 121. Selon l'art. 2 al. 5 des dispositions finales de la modification du 16 décembre 1994, la prescription des créances constatées par actes de défaut de biens délivrées avant l'entrée en vigueur de la loi révisée commence à courir dès le 1er janvier 1997 de sorte que leur échéance, si le délai n'a pas été interrompu, n'est pas intervenue avant le 1er janvier 2017.
31. Message 1991, p. 181 ; ATF 144 III 360, consid. 3.2.3 ; KGer GR, KSK 22 45, arrêt du 13.12.2022, consid. 5.1 ; TC FR, 105 2017 30, arrêt du 7.4.2017, consid. 2 ; Amonn/Walther, § 48 N 24 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 8 ; CR, Jeandin, art. 265 LP N 10 ; Duc, JdT 2018, p. 83 et 92 ; Gilliéron, Commentaire, art. 265 LP N 29 ; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Commentaire, art. 265 LP N 12 ; Krampf, Plädoyer 6/2013, p. 72 ; Kren Kostkiewicz, N 2032 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265 LP N 4 ; Margraf, RF 2016, p. 293 ; SK, Schober, art. 265 LP N 15 ; Stoffel/Chabloz, § 11 N 140.

débiteur failli, lesquels ne sont pas concernés par les délais spéciaux de l'art. 149a al. 1 LP.[34] Le délai de prescription se calcule conformément aux art. 76–78 et 132 CO et peut être interrompu par les moyens prévus à l'art. 135 CO.[35]

9 La possession d'un acte de défaut de biens constitue également un cas de **séquestre** (art. 265 al. 2 *i.i.* et 271 al. 1 ch. 5 LP ; cf. N. 25 ss pour le critère du retour à meilleure fortune ; cf. ég. art. 265a LP N 9).[36] Une requête de séquestre fait partie des actes de poursuite susceptibles d'interrompre la prescription au sens de l'art. 135 al. 2 CO,[37] sauf si le séquestre est nul.[38]

10 Enfin, le renvoi de l'art. 265 al. 2 LP concerne aussi la **radiation** de l'acte de défaut de biens.[39] Selon l'art. 149a al. 2 LP, en lien avec l'art. 265 al. 2 LP (N. 7), le débiteur peut en tout temps racheter l'acte de défaut de biens en s'acquittant de tout ou partie de la créance en mains de l'office ayant délivré l'acte.[40] Dans ce cas, l'office transmet le montant au créancier ou le consigne à la caisse de dépôts et consignations. L'acte de défaut de biens est radié du registre des actes de défaut de biens tenu par l'office si la totalité de la créance a été payée par le débiteur failli (art. 149a al. 3 LP en lien avec l'art. 265 al. 2 LP)[41] et à condition qu'un tel registre existe (cf. art. 8 Oform *a contrario* ; N. 4). Il est donné acte de la radiation au débiteur failli qui en fait la demande

32. ATF 144 III 360, consid. 3.2.3 ; CR, Jeandin, art. 265 LP N 10 *i.f.* ; Duc, JdT 2018, p. 92 ; Gilliéron, Commentaire, art. 265 LP N 29 ; Krampf, Plädoyer 6/2013, p. 72. Cf. pour les effets de l'acte de défaut de biens après faillite en matière successorale : CR, Jeandin, art. 265 LP N 13a. Cf. pour ses éventuels effets pénaux et de droit public : Jeandin, SJ 1997, p. 265.
33. CR, Jeandin, art. 265 LP N 10 et la référence citée.
34. CR, Jeandin, art. 265 LP N 10.
35. Duc, JdT 2018, p. 92 s. ; Margraf, RF 2016, p. 293 s.
36. TF 4A_480/2017, arrêt du 2.5.2018, consid. 4.2 ; KGer GR, KSK 22 45, arrêt du 13.12.2022, consid. 5.1 ; TC VS, arrêt du 24.8.2007, consid. 4, RVJ 2008, p. 196 ; Amonn/Walther, § 48 N 24 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 8 ; CR, Jeandin, art. 265 LP N 13 ; Gilliéron, Commentaire, art. 265 LP N 6 et 27 ; Kren Kostkiewicz, N 2032 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265 LP N 4 et 10 ; SK, Schober, art. 265 LP N 15 ; Stoffel/Chabloz, § 11 N 140.
37. ATF 66 II 234 ; ATF 41 III 315, consid. 3 ; TF 4D_8/2018, arrêt du 1.5.2018, consid. 6 ; TC VD, Séquestre/2018/15, arrêt du 27.12.2018, consid. II.a.bb.
38. TC VD, Séquestre/2018/15, arrêt du 27.12.2018, consid. II.a.bb qui applique par analogie l'ATF 71 II 147, consid. 7a relatif à une poursuite nulle.
39. Cf. Duc, JdT 2018, p. 97 qui précise, à juste titre, que cette disposition est rarement utilisée puisque le débiteur préfère en principe obtenir un rabais ou un abattement de la somme due par le créancier.
40. TF 4A_480/2017, arrêt du 2.5.2018, consid. 4.1 ; CR, Jeandin, art. 265 LP N 11 ; Gilliéron, Commentaire, art. 265 LP N 30.

(art. 149a al. 3 LP en lien avec l'art. 265 al. 2 LP). Faute d'inscription de l'acte de défaut de biens dans le registre des poursuites, dans lequel seules les poursuites sont inscrites avec l'indication de leur résultat conformément à l'art. 10 Oform, l'office ne peut pas radier l'inscription de l'acte de défaut de biens dans ce registre.[42] Le Tribunal fédéral a récemment précisé qu'un acte de défaut de biens après saisie produit dans la faillite et ayant fait l'objet d'un acte de défaut de biens après faillite ne doit pas être inclus dans la rubrique « *Actes de défaut de biens suite à une saisie non éteints des dernières 20 années* » du registre des poursuites. Seul le solde dû résultant des actes de défaut de biens après saisie qui n'ont pas été produits dans la faillite doit y être mentionné.[43]

2. Différences avec l'acte de défaut de biens après saisie

11 En raison des différences intrinsèques entre la nature d'une saisie (exécution spéciale) et d'une faillite (exécution générale), l'acte de défaut de biens après faillite **diffère** de l'acte de défaut de biens après saisie sur les cinq points qui suivent.

12 Premièrement, il ne vaut **reconnaissance de dette** au sens de l'art. 82 LP, et partant titre de mainlevée provisoire, que si la créance a été reconnue par le débiteur lors de la vérification des créances, indépendamment du fait que la créance ait été colloquée par l'administration de la faillite ou fait l'objet d'une décision judiciaire statuant sur sa collocation au sens de l'art. 250 LP (art. 265 al. 1, 3e phr. et 244, 2e phr. LP, art. 55 OAOF).[44] Pour cette raison, chaque acte

41. ATF 117 III 1, consid. 1 ; TF 5A_118/2024, arrêt du 21.5.2024, consid. 5.2.2 ; TF 4A_480/2017, arrêt du 2.5.2018, consid. 4.1 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 8 ; CR, Jeandin, art. 265 LP N 11 ; Gilliéron, Commentaire, art. 265 LP N 30.
42. ATF 95 III 43, consid. 1 (radiation de l'acte de défaut de biens après saisie) ; TF 5A_118/2024, arrêt du 21.5.2024, consid. 5.2.2.
43. TF 5A_118/2024, arrêt du 24.5.2024, consid. 5.
44. ATF 116 III 66, consid. 4 ; ATF 35 I 864, consid. 1 ; ATF 82 III 94 ; TF 5D_19/2020, arrêt du 15.6.2020, consid. 5.1 ; TF 4A_480/2017, arrêt du 2.5.2018, consid. 4.2 ; TF 5A_282/2016, arrêt du 17.1.2017, consid. 3.3 ; OGer TG, ZBS.2022.11, arrêt du 21.6.2022, consid. 2a, RBOG 2022, p. 125 ; KGer GR, KSK 22 45, arrêt du 13.12.2022, consid. 5.1 ; TC FR, 102 2025 4, arrêt du 13.2.2025, consid. 2.1 ; TC FR, 102 2020 203, arrêt du 17.12.2020, consid. 2.1 ; Amonn/Walther, § 48 N 26 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 11 et 11b ; CR, Jeandin, art. 265 LP N 15 ; Duc, JdT 2018, p. 87 ; Gilliéron, Commentaire, art. 265 LP N 6, 17 et 22 ; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Commentaire, art. 265 LP N 7 ; Kren Kostkiewicz, N 2032 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265 LP N 4 ; Marchand/Hari, N 731 ; SK, Schober, art. 265 LP N 10 et 12 ; Stoffel/Chabloz, § 11 N 141.

de défaut de biens mentionne si la créance attestée a été reconnue ou au contraire contestée par le débiteur failli.[45] L'acte de défaut de biens qui omet de mentionner, même après droit connu sur l'action en contestation de l'état de collocation, si le débiteur failli reconnaît ou conteste la créance ne vaut pas reconnaissance de dette.[46] Il en va différemment en cas de saisie, procédure qui suppose en principe que le créancier poursuivant continue la poursuite en se prévalant d'un commandement de payer (art. 88 ss LP ; art. 149 al. 3 LP pour la dispense de commandement de payer). Dans une procédure de saisie, la reconnaissance par le débiteur est sans portée et l'acte de défaut de biens vaut reconnaissance de dette selon le prescrit de l'art. 149 al. 2 LP.[47]

13 Si le débiteur failli **conteste la créance**, l'acte de défaut de biens prouve seulement que l'administration de la faillite ou une décision judiciaire a admis la production contre le préavis du débiteur failli (cf. art. 245 et 250 LP).[48] Dans ce cas, le créancier pourra néanmoins requérir et obtenir la mainlevée sur la base des autres titres de mainlevée énumérés aux art. 80 à 82 LP ;[49] le débiteur conservant ses moyens de défense au sens de ces articles.[50] Si la créance repose sur un jugement exécutoire au sens de l'art. 80 LP, le créancier aura même tout intérêt à s'en prévaloir directement, sans mentionner l'acte de défaut de biens dans la réquisition de poursuite (OK-Constantin, art. 265a LP N. 7), pour requérir la mainlevée définitive en cas d'opposition.[51]

14 Même s'il l'a reconnue lors de la faillite, le débiteur conserve la **faculté de discuter la créance lors d'une procédure ultérieure** par une action en libération de dette (art. 83 al. 2 LP) ou une action en annulation de la poursuite (art. 85 s. LP).[52] En effet, sa « reconnaissance » vaut reconnaissance de dette sans en constituer une au sens technique du terme puisque le

45. ATF 116 III 66, consid. 4 ; TF 5A_814/2019, arrêt du 3.6.2020, consid. 2.1.1 ; Amonn/Walther, § 48 N 26 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 11 et 12 ; CR, Jeandin, art. 265 LP N 15 ; Gilliéron, Commentaire, art. 265 LP N 17 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265 LP N 4.
46. TF 5D_19/2020, arrêt du 15.6.2020, consid. 5.2.
47. CR, Jeandin, art. 265 LP N 15. Cf. ég. ATF 116 III 66, consid. 4b.
48. Duc, JdT 2018, p. 87.
49. CR, Jeandin, art. 265 LP N 15 ; SK, Schober, art. 265 LP N 10.
50. ATF 98 Ia 353, consid. 2 ; SK, Schober, art. 265 LP N 16. Cf. ég. ATF 132 III 432, consid. 2.6 ; ATF 102 Ia 363, consid. 2a–2b ; Kren Kostkiewicz, N 2032.
51. Cf. TF 4A_480/2017, arrêt du 2.5.2018, consid. 4.2.1.
52. TF 4A_480/2017, arrêt du 2.5.2018, consid. 4.2.

débiteur n'intervient pas dans l'établissement de l'acte de défaut de biens et n'émet pas de déclaration de volonté concernant le fond du droit.[53]

La **reconnaissance** de la créance par le débiteur ne constitue pas une preuve stricte de son existence, mais seulement une présomption réfragable de son existence.[54] L'acte de défaut de biens après faillite (tout comme l'acte de défaut de biens après saisie), n'emporte cependant **pas novation** de la créance au sens de l'art. 116 CO[55] ni la création d'un nouveau rapport de droit qui viendrait doubler l'ancien et d'où pourrait naître un droit d'action distinct.[56] 15

Un acte de défaut de biens pour une **créance de droit public** n'est donc pas un titre de mainlevée provisoire faute de changement de nature de la créance (N. 15). La nature fiscale des créances mentionnées dans l'acte de défaut de biens ne change pas.[57] Le titre de mainlevée (définitive) reste dans ce cas la décision ou le jugement qui fonde la créance de droit public.[58] 16

Deuxièmement, après la faillite, une nouvelle poursuite est nécessaire compte tenu de l'extinction des poursuites du failli au sens de l'art. 206 al. 1 LP[59] et pour respecter la période de trêve voulue par le législateur en faveur du débiteur ayant fait l'objet d'une procédure d'exécution générale (N. 23).[60] L'ouverture d'une nouvelle poursuite est conditionnée à la notification d'un **commandement de payer**, l'art. 265 al. 2 LP ne renvoyant pas à l'art. 149 al. 17

53. ATF 116 III 66, consid. 4a ; ATF 102 Ia 363, consid. 2a ; ATF 98 Ia 353, consid. 2 ; TF 4A_480/2017, arrêt du 2.5.2018, consid. 4.2.
54. ATF 116 III 66, consid. 4a ; ATF 102 Ia 363, consid. 2a ; ATF 98 Ia 353, consid. 2 ; TF 5D_19/2020, arrêt du 15.6.2020, consid. 5.2 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 12 ; Duc, JdT 2018, p. 94 s. ; Gilliéron, Commentaire, art. 265 LP N 21 ; Jeandin, SJ 1997, p. 262 ; OFK, Kren Kostkiewicz, art. 265 LP N 2 ; SK, Schober, art. 265 LP N 16.
55. ATF 116 III 66, consid. 4a ; ATF 102 Ia 363, consid. 2a ; ATF 98 Ia 353, consid. 2 ; ATF 81 III 20, consid. 2a ; TF 4A_480/2017, arrêt du 2.5.2018, consid. 4.1 ; TF 5A_150/2015, arrêt du 4.6.2015, consid. 4 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 8 ; Gut/Rajower/Sonnenmoser, PJA 1998, p. 538 ; CR, Jeandin, art. 265 LP N 11 ; Gilliéron, Commentaire, art. 265 LP N 21 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265 LP N 4 ; SK, Schober, art. 265 LP N 13.
56. ATF 116 III 66, consid. 4a ; ATF 102 Ia 363, consid. 2a ; ATF 98 Ia 353, consid. 2 ; TF 4A_480/2017, arrêt du 2.5.2018, consid. 4.1 ; TF 5A_150/2015, arrêt du 4.6.2015, consid. 4 ; Gilliéron, Commentaire, art. 265 LP N 21.
57. TF 5A_150/2015, arrêt du 4.6.2015, consid. 4.
58. Duc, JdT 2018, p. 94.
59. Amonn/Walther, § 48 N 28 ; CR, Jeandin, art. 265 LP N 16 ; SK, Schober, art. 265 LP N 12.
60. ATF 109 III 93, consid. 1 ; Baumgartner, p. 24 ss ; BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 10 ; CR, Jeandin, art. 265 LP N 16 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265 LP N 4.

3 LP (cf. art. 69 al. 2 LP pour le contenu du commandement de payer).[61] La dispense de commandement de payer au sens de l'art. 149 al. 3 LP (N 12) en faveur du créancier qui continue la poursuite dans les six mois dès la réception de l'acte de défaut de biens s'applique exclusivement après une procédure de saisie. Elle n'entre pas en ligne de compte en cas de faillite.

18 Troisièmement, le débiteur failli a le droit de faire opposition au commandement de payer en se prévalant de l'**exception de non-retour à meilleure fortune** conformément à la procédure prescrite par l'art. 265a LP (OK-Constantin, art. 265a LP N. 2 ss).[62] Une fois la faillite clôturée, une nouvelle poursuite peut être intentée en tout temps. Elle n'aboutira et ne pourra être continuée que si le débiteur est revenu à meilleure fortune (art. 265 al. 2 et 265a–b LP).[63] Le débiteur a ainsi un intérêt à ce que le créancier obtienne un acte de défaut de biens pour opposer dans les poursuites subséquentes son non-retour à meilleure fortune.[64] Il en va différemment lorsque la poursuite se fonde sur un acte de défaut de biens après saisie, auquel cas le débiteur peut opposer les moyens de défense « ordinaires » pour contester la créance selon les art. 80 ss LP, mais non pas l'exception de non-retour à meilleure fortune (OK-Constantin, art. 265a LP N. 38 ss).[65]

19 Lorsqu'une **nouvelle poursuite** introduite après la faillite et opérée par voie de saisie est totalement ou partiellement **infructueuse**, les effets de l'acte de

61. ATF 90 III 105, consid. 1 ; Amonn/Walther, § 48 N 28 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 10 ; CR, Jeandin, art. 265 LP N 16 ; Gilliéron, Commentaire, art. 265 LP N 31 ; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Commentaire, art. 265 LP N 9 ; SK, Schober, art. 265 LP N 12. Cf. ég. ATF 69 III 86, consid. 1.
62. BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 11a ; CR, Jeandin, art. 265 LP N 16 ; Gilliéron, Commentaire, art. 265 LP N 32 ; Stoffel/Chabloz, § 11 N 141.
63. ATF 136 III 51, consid. 3 ; ATF 135 III 424, consid. 2.1 ; ATF 129 III 385, consid. 5.1 ; ATF 81 III 20, consid. 2a ; TF 5A_433/2019, arrêt du 26.9.2019, consid. 4.1 ; TF 4A_480/2017, arrêt du 2.5.2018, consid. 4.2 ; OGer TG, ZBS.2022.11, arrêt du 21.6.2022, consid. 2a, RBOG 2022, p. 125 ; Amonn/Walther, § 48 N 29 ; Brönnimann, RDS 1996 I 226 ; Brönnimann, Mélanges Spühler, p. 47 ; CR, Jeandin, art. 265 LP N 16 ; Gilliéron, Commentaire, art. 265a LP N 7 et 25 ; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Commentaire, art. 265 LP N 8 et 12 ; Kren Kostkiewicz, N 2032 s. et 2035 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265 LP N 5 ; Marchand/Hari, N 731 ; SK, Schober, art. 265 LP N 11 et 17 ; Stoffel/Chabloz, § 11 N 141 ; Ziltener, ZZZ 2008/09, p. 19.
64. ATF 133 III 614, consid. 6.1.2. Cf. ég. ATF 82 III 94 ; TF 5A_484/2010, arrêt du 20.12.2010, consid. 4.2.3 ; Gasser, RJB 1996, p. 18 ; OFK, Kren Kostkiewicz, art. 265 LP N 3. Cf. pour les conséquences d'un acte de défaut de biens sur un éventuel contrat en recouvrement des créances : Geissbühler, N 180 ss.

défaut de biens après faillite demeurent acquis. Des auteurs romands considèrent, sur la base d'un ancien arrêt du Tribunal fédéral rédigé en italien, que l'office émet dans ce cas un nouvel acte de défaut de biens après saisie avec la mention expresse que le solde de la créance porte sur un acte de défaut de biens après faillite[66]. Des auteurs germanophones sont d'avis que l'office devrait se limiter à corriger le montant mentionné sur l'acte de défaut de biens après faillite préexistant sans délivrer d'acte de défaut de biens après saisie.[67] Cette dernière opinion emporte ma conviction. Elle a l'avantage d'éviter toute confusion quant à la nature de l'acte de défaut de biens. La situation diffère de celle dans laquelle des biens ayant échappé à la liquidation sont découverts après la clôture de la faillite (art. 269 LP). Dans ce dernier cas, les actes de défaut de biens doivent être restitués à l'administration de la faillite avant la distribution du produit pour être réduits à due concurrence.[68] L'acte de défaut de biens restera valable pour le montant corrigé (art. 150 al. 2 par analogie LP).[69]

Quatrièmement, seule l'administration de la faillite (ou éventuellement un ou plusieurs créancier(s) cessionnaire(s) au sens de l'art. 260 LP) a qualité pour intenter l'**action révocatoire** (art. 285 al. 2 LP). Cette action ne peut pas être intentée en son nom et pour son propre compte par le créancier détenteur d'un acte de défaut de biens après faillite,[70] même dans l'hypothèse où l'acte révocable est découvert après la clôture de la faillite (art. 269 al. 3 et 285 al. 2 ch. 1 *a contrario* LP).[71] L'acte de défaut de biens ne confère donc pas à son titulaire les droits mentionnés à l'art. 285 LP, contrairement à ce qui prévaut en cas de saisie infructueuse (art. 149 al. 2 *i.f.* LP).[72] En cas de cession des droits au sens de l'art. 260 LP, le créancier cessionnaire ne reçoit un acte de 20

65. TF 5A_713/2018, arrêt du 23.1.2019, consid. 2.2 ; TF 5A_167/2010, arrêt du 27.4.2010, consid. 2.1 ; CR, Jeandin, art. 265 LP N 18.
66. ATF 69 III 86, consid. 1 ; CR, Jeandin, art. 265 LP N 16a ; Gilliéron, Commentaire, art. 265 LP N 42 s.
67. BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 7 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265 LP N 3.
68. SK, Schober, art. 265 LP N 2.
69. CR, Jeandin, art. 265 LP N 8 ; SK, Schober, art. 265 LP N 2.
70. Amonn/Walther, § 48 N 27 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 9 ; CR, Jeandin, art. 265 LP N 17 ; Gilliéron, Commentaire, art. 265 LP N 6 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265 LP N 4 ; Marchand/Hari, N 731 ; SK, Schober, art. 265 LP N 14 ; Stoffel/Chabloz, § 11 N 141.
71. Amonn/Walther, § 48 N 27 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 9 ; CR, Jeandin, art. 265 LP N 17 ; SK, Schober, art. 265 LP N 15 ; Stoffel/Chabloz, § 11 N 141. Cf. ég. TF 5A_169/2008, arrêt du 29.1.2009, consid. 2.3.2.
72. CR, Jeandin, art. 265 LP N 17.

défaut de biens qu'après avoir informé l'office de l'issue du procès et à condition de ne pas avoir été désintéressé en intégralité (N. 1).[73]

21 Cinquièmement, le *dies a quo* des **délais de prescription** invocables à l'encontre des actions contre les tiers du fait du dommage du créancier courent dès la déclaration de faillite et non pas dès la remise de l'acte de défaut de biens (pour un exemple : cf. art. 52 LAVS s'agissant de l'action de la caisse de pension contre les administrateurs).[74]

II. EXCEPTION TIRÉE DU NON-RETOUR À MEILLEURE FORTUNE

A. Généralités

22 Le débiteur failli qui n'a pas été radié du registre du commerce (personne physique) retrouve la libre disposition de ses biens après la clôture de la faillite.[75] Les créanciers détenteurs d'actes de défaut de biens après la faillite (art. 265 LP) ou ceux qui n'ont pas participé à la procédure de faillite (art. 267 LP) pourront alors intenter de nouvelles poursuites pour une créance antérieure à la faillite. Une telle poursuite ne pourra être **continuée qu'à la condition** que le débiteur failli soit retourné à meilleure fortune ou qu'il ne s'oppose pas à la poursuite en contestant son retour à meilleure fortune (N 18 ; art. 265a LP N 2 ss ; cf. art. 80 ss LP pour la mainlevée d'opposition « ordinaire »).[76] L'exception est invocable seulement par le débiteur ex-failli (art. 265a LP N 2). Ses héritiers qui auraient accepté la succession ne peuvent pas s'en prévaloir et peuvent être poursuivis sur la base d'un acte de défaut de biens après faillite délivré contre le *de cujus* (OK-Constantin, art. 265a LP N. 2 *i.f.*).[77]

23 Le **but** est de permettre au débiteur failli de se rétablir, c'est-à-dire de se construire une nouvelle existence après la faillite sans craindre constamment

73. ATF 37 II 126, consid. 2 ; OFK, Kren Kostkiewicz, art. 265 LP N 2.
74. ATF 123 V 12 ; Marchand/Hari, N 732.
75. Amonn/Walther, § 48 N 31 ; CR, Jeandin, art. 265 LP N 21 ; Marchand/Hari, N 733 ; Vock/Meister-Müller, p. 101.
76. TF 5A_433/2019, arrêt du 26.9.2019, consid. 4.1 ; Amonn/Walther, § 48 N 32 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 13 ; CR, Jeandin, art. 265 LP N 20 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265 LP N 5 ; Marchand/Hari, N 733 ; SK, Schober, art. 265 LP N 17 ; Stoffel/Chabloz, § 11 N 142.
77. Jeandin, SJ 1997, p. 301 et les références citées.

de faire l'objet de poursuites.[78] Inversement, il rend possible le règlement des créances si le débiteur a redressé sa situation économique postérieurement à la faillite en évitant une dilapidation de ses actifs nets (N. 28).[79] La règle a pour conséquence d'avantager ceux qui sont devenus créanciers du débiteur après la faillite, à l'encontre desquels l'exception tirée du non-retour à meilleure fortune n'est pas recevable.[80]

L'exception de non-retour à meilleure fortune ne pourra **pas être invoquée** par le débiteur dont la faillite a été suspendue faute d'actifs (art. 230 LP ; N. 5). Dans ce cas, la faillite est close, sans délivrance d'acte de défaut de biens aux créanciers, avec pour conséquence que les poursuites renaissent (art. 230 al. 4 LP).[81] L'exception n'est pas non plus recevable en cas de créance étrangère concernant une poursuite ouverte et liquidée à l'étranger sans lien avec une faillite suisse (cf. art. 166 LDIP ; OK-Constantin, art. 265a LP N. 11).[82] 24

B. Détermination de la « meilleure fortune »

L'art. 265 al. 2 LP précise que les valeurs dont le débiteur dispose économiquement sont considérées comme meilleure fortune (cf. N. 31–32).[83] La **« meilleure fortune »** n'est pas définie par la loi.[84] La notion relève du droit fédéral.[85] Elle constitue la différence entre les actifs acquis après la 25

78. Message 1991, p. 181 ; ATF 136 III 51, consid. 3.1 ; ATF 135 III 424, consid. 2.1 ; ATF 129 III 385, consid. 5.1.1 ; ATF 109 III 93, consid. 1a ; ATF 99 Ia 19, consid. 3a ; TF 5A_304/2020, arrêt du 23.6.2020, consid. 3.1 ; TF 5A_650/2013, arrêt du 19.11.2013, consid. 2.3 ; TF 5A_21/2010, arrêt du 19.4.2010, consid. 4.1 ; TC VD, HC/2018/378, arrêt du 7.5.2018, consid. 4.1 ; Amonn/Walther, § 48 N 31 ss ; Brönnimman, Mélanges Spühler, p. 47 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 13 ; CR, Jeandin, art. 265 LP N 21 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265 LP N 6 ; Marchand/Hari, N 735 ; Meier, p. 23 ; Muster, BlSchK 2013, p. 2 ; Vock/Meister-Müller, p. 101. Pour « l'incitation » qui en découle pour le débiteur de ne pas se constituer de nouveau patrimoine : BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 13 et la référence citée. Pour une explication détaillée de la *ratio legis* des art. 265 s. LP : Kren Kostkiewicz/Milani, p. 79. Pour une analyse de droit comparé : Bopp, p. 37 ss.
79. ATF 135 III 424, consid. 5.1 ; Muster, BlSchK 2013, p. 2.
80. Amonn/Walther, § 48 N 33 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 11a ; CR, Jeandin, art. 265 LP N 20a ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265 LP N 5a.
81. ATF 133 III 614, consid. 6.1 ; CR, Jeandin, art. 265 LP N 2 ; Gilliéron, Commentaire, art. 265 LP N 37 ; Marchand/Hari, N 738 s. et la référence citée.
82. ATF 90 III 105, consid. 2 ; Gilliéron, Commentaire, art. 265 LP N 38 ; Gut/Rajower/Sonnenmoser, PJA 1998, p. 531 ; SK, Schober, art. 265 LP N 18 ; Spahr, BlSchK 2004, p. 123 ; Vock/Meister-Müller, p. 101.
83. Muster, BlSchK 2013, p. 5.

faillite et qui dépassent les nouveaux passifs,[86] exclusion faite des dettes ayant fait l'objet de la faillite antérieure.[87] L'ex-failli est revenu à meilleure fortune si, au moment de l'ouverture de la poursuite, il s'est constitué seul ou avec son conjoint, en plus d'une nouvelle existence économique, des économies qui forment un **nouvel actif net** lui permettant de se réinsérer socialement et de mener une nouvelle existence conforme à ses aspirations personnelles.[88] Il ne suffit pas que les ressources du débiteur failli dépassent le minimum vital des art. 92 et 93 LP sans constituer des actifs nets qui lui permettent une épargne.[89]

26 Les **biens et le patrimoine** (par exemple héritage, gain de loterie ou prestations d'assurance-vie) qui échoient au débiteur ex-failli après la clôture

84. ATF 135 III 424, consid. 2.1 ; TF 5A_21/2010, arrêt du 19.4.2010, consid. 4.1 ; TC VD, HC/2018/378, arrêt du 7.5.2018, consid. 4.1 ; Baumgartner, p. 28 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 14 ; CR, Jeandin, art. 265 LP N 22 ; Krampf, Plädoyer 6/2013, p. 75 ; Muster, BlSchK 2013, p. 1 et 5.
85. TF 5A_104/2010, arrêt du 28.4.2010, consid. 4.2 ; OFK, Kren Kostkiewicz, art. 265 LP N 6.
86. Message 1991, p. 181 s. ; ATF 136 III 51, consid. 3.1 ; ATF 135 III 424, consid. 2.1 ; ATF 129 III 385, consid. 5.1.1 ; TC VD, HC/2018/378, arrêt du 7.5.2018, consid. 4.1 ; Amonn/Walther, § 48 N 33 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 14 ; CR, Jeandin, art. 265 LP N 23 ; Gut/Rajower/Sonnenmoser, PJA 1998, p. 539 ; Kren Kostkiewicz/Milani, p. 79 ; Stoffel/Chabloz, § 11 N 144 ; Vock/Meister-Müller, p. 101.
87. TF 5A_304/2020, arrêt du 23.6.2020, consid. 3.1 ; TF 5A_21/2010, arrêt du 19.4.2010, consid. 4.1 ; TC VD, HC/2018/378, arrêt du 7.5.2018, consid. 4.1 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 14 ; CR, Jeandin, art. 265 LP N 23 ; Fürstenberger, p. 21 ; Gut/Rajower/Sonnenmoser, PJA 1998, p. 544 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265 LP N 7 ; Muster, BlSchK 2013, p. 8 s. ; Vock/Meister-Müller, p. 101. Cf. pour la description précise des passifs et des actifs qui entrent en ligne de compte : Baumgartner, p. 29 ss ; Fürstenberger, p. 32 ss.
88. ATF 136 III 51, consid. 3.1 ; ATF 135 III 424, consid. 2.1 ; ATF 129 III 385, consid. 5.1.4 ; ATF 109 III 93, consid. 1a–1b ; ATF 99 Ia 19, consid. 3 ; TF 5A_21/2010, arrêt du 19.4.2010, consid. 4.1 ; TC VD, HC/2018/378, arrêt du 7.5.2018, consid. 4.1–4.3 ; Amonn/Walther, § 48 N 33 s. ; Baumgartner, p. 36 ss ; Bopp, p. 36 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 13 et 14 s. ; CR, Jeandin, art. 265 LP N 22 s. ; Fürstenberger, p. 21 ; Gilliéron, Commentaire, art. 265 LP N 49 s. et 53 ; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Commentaire, art. 265 LP N 16 ; Kren Kostkiewicz, N 2049 ; Krampf, Plädoyer 6/2013, p. 75 s. ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265 LP N 8 et 8c ; Muster, BlSchK 2013, p. 5 ; Stoffel/Chabloz, § 11 N 144 ; Vock/Meister-Müller, p. 101 ; Ziltener, ZZZ 2008/09, p. 19.

de la faillite sont susceptibles de constituer un nouvel actif net.[90] Le **revenu du travail** est aussi un actif net s'il dépasse le montant nécessaire au débiteur pour mener, au moment de l'examen de la question, une vie conforme à sa condition et lui permettre de réaliser des économies,[91] déduction faite d'une « réserve de secours » éventuellement prise en compte par les pratiques cantonales (cf. ég. N. 29).[92] Il en va de même des revenus issus d'une exploitation sous la forme d'une raison individuelle,[93] voire d'un revenu unique du débiteur.[94]

Le nouveau revenu du travail est **saisissable jusqu'à concurrence du minimum vital**, sans faire application d'un minimum vital de second rang, lorsque le débiteur est considéré comme revenu à meilleure fortune.[95] Le débiteur ex-failli est ainsi traité sur un pied d'égalité avec tous les autres 27

89. ATF 135 III 424, consid. 2.1 ; ATF 129 III 385, consid. 5.1.1 ; ATF 109 III 93, consid. 1b ; ATF 99 Ia 19, consid. 3b ; TF 5A_304/2020, arrêt du 23.6.2020, consid. 3.1 ; TF 5A_21/2010, arrêt du 19.4.2010, consid. 4.1 ; TC VD, HC/2018/378, arrêt du 7.5.2018, consid. 4.1 ; Amonn/Walther, § 48 N 33 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 13 s. ; CR, Jeandin, art. 265 LP N 22 ; Gut/Rajower/Sonnenmoser, PJA 1998, p. 539 ; Kren Kostkiewicz/Milani, p. 80 ; Marchand/Hari, N 735 ; Marchand, JdT 2018, p. 6 ; Muster, BlSchK 2013, p. 5 ; OFK, Kren Kostkiewicz, art. 265 LP N 5 ; Stoffel/Chabloz, § 11 N 144.
90. TF 5A_283/2007, arrêt du 15.11.2007, consid. 2.1 et 2.3 ; Amonn/Walther, § 48 N 34e ; BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 15 ; CR, Jeandin, art. 265 LP N 23 ; Gut/Rajower/Sonnenmoser, PJA 1998, p. 542 ; Gilliéron, Commentaire, art. 265 LP N 53 ; Junker, p. 602 ; Meier/Hamburger, RSJ 2014, p. 97 ; Ziltener, ZZZ 2008/09, p. 23.
91. ATF 135 III 424, consid. 2.1 et 3 ; ATF 129 III 385, consid. 5.1.1 et 5.2.1 ; ATF 109 III 93, consid. 1a–1b ; TF 5A_464/2021, arrêt du 15.3.2022, consid. 3.2 ; TF 5A_304/2020, arrêt du 23.6.2020, consid. 3.1 ; TF 5A_21/2010, arrêt du 19.4.2010, consid. 4.1 ; TC VD, HC/2018/378, arrêt du 7.5.2018, consid. 4.1 ; Baumgartner, p. 57 ss ; BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 15 ; CR, Jeandin, art. 265 LP N 24 ; Fürstenberger, p. 52 ss ; Krampf, Plädoyer 6/2013, p. 76 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265 LP N 8a ; Meier/Hamburger, RSJ 2014, p. 98 ; Muster, BlSchK 2013, p. 5 s. ; OFK, Kren Kostkiewicz, art. 265 LP N 5 ; Stoffel/Chabloz, § 11 N 144 ; Ziltener, ZZZ 2008/09, p. 19.
92. Cf. BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 15 qui mentionnent un montant entre CHF 0.- et CHF 30'000.- selon les cantons. Cf. ég. Amonn/Walther, § 48 N 34a qui se réfèrent à des pourcentages de l'ordre de 20, 30 ou 50% ; Gut/Rajower/Sonnenmoser, PJA 1998, p. 539. Cf. ég. Ziltener, ZZZ 2008/09, p. 27.
93. Kren Kostkiewicz, N 2051.
94. TF 5A_283/2007, arrêt du 15.11.2007, consid. 2.1 et 2.3 (prestation d'assurance-vie) ; BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 23a.
95. ATF 136 III 51, consid. 3.2 et 3.3 ; ATF 99 Ia 19, consid. 3b–3c ; TF 5A_464/2021, arrêt du 15.3.2022, consid. 3.4 ; TF 5A_76/2021, arrêt du 17.5.2021, consid. 4.2 ; TC FR, 105 2018 139, arrêt du 3.10.2018, consid. 2.1 ; Amonn/Walther, § 48 N 47 ; CR, Jeandin, art. 265 LP N 28 ; Stoffel/Chabloz, § 11 N 144.

débiteurs par l'office appelé à déterminer la quotité saisissable après droit connu sur l'existence d'une nouvelle fortune (art. 265a LP ; N. 34).[96] Dans le cadre de la procédure de saisie subséquente, le retour à meilleure fortune n'est dès lors plus pertinent.[97]

28 Selon le principe de la **thésaurisation théorique**, le revenu pourra être saisi indépendamment d'une thésaurisation effective par le débiteur, notamment s'il l'a dépensé abusivement et dans l'intention reconnaissable de porter préjudice aux créanciers détenteurs d'actes de défaut de biens après faillite.[98] Le juge détermine en principe l'ampleur de la meilleure fortune en opérant une capitalisation des revenus du débiteur durant une période de douze mois précédant la réquisition de poursuite, c'est-à-dire en faisant la moyenne des revenus réalisés pendant la période déterminante.[99] Lorsque la nouvelle poursuite a lieu moins d'un an après la faillite, la période déterminante pour calculer la thésaurisation théorique reste d'une année à partir du dépôt de la réquisition de poursuite ; le revenu du débiteur ne tombant pas dans la masse.[100] La question de savoir si la saisie est possible avec effet rétroactif jusqu'au moment de la clôture de la liquidation de la faillite ayant donné lieu à l'émission de l'acte de défaut de biens est controversée.[101] Une saisie avec effet rétroactif devrait être possible en cas de dilapidation abusive pour tenir compte des circonstances concrètes. Le Tribunal fédéral n'a pas été saisi d'un

96. CR, Jeandin, art. 265 LP N 28. Cf. ég. ATF 136 III 51, consid. 3.4.
97. ATF 136 III 51, consid. 3.3 ; TF 5A_76/2021, arrêt du 17.5.2021, consid. 4.2.
98. Message 1991, p. 182 ; ATF 99 Ia 19, consid. 3 ; TF 5A_464/2021, arrêt du 15.3.2022, consid. 3.2 ; TF 5A_304/2020, arrêt du 23.6.2020, consid. 3.1 ; TF 5A_21/2010, arrêt du 19.4.2010, consid. 4.1 ; TF 5A_283/2007, arrêt du 15.11.2007, consid. 2 et 2.3 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 16 ; CR, Jeandin, art. 265 LP N 27 s. ; Gut/Rajower/Sonnenmoser, PJA 1998, p. 539 ; Kren Kostkiewicz, N 2051 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265 LP N 8 s. ; OFK, Kren Kostkiewicz, art. 265 LP N 5 ; Vock/Meister-Müller, p. 103.
99. ATF 99 Ia 19, consid. 3c ; TF 5A_464/2021, arrêt du 15.3.2022, consid. 3.2 ; TF 5A_650/2013, arrêt du 19.11.2013, consid. 2.4 ; TF 5A_21/2010, arrêt du 19.4.2010, consid. 5 ; TC VD, HC/2018/378, arrêt du 7.5.2018, consid. 4.3 ; CR, Jeandin, art. 265 LP N 28 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265 LP N 6 ; Kren Kostkiewicz/Milani, p. 79.
100. ATF 114 III 26, consid. 1a ; TF 5A_21/2010, arrêt du 19.4.2010, consid. 5 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 18b ; Muster, BlSchK 2013, p. 6.
101. *Pro* : OGer TG, ZBR.2006.64, arrêt du 7.11.2006, consid. 2.b.bb, RBOG 2006, p. 125 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 17 ss ; CR, Jeandin, art. 265 LP N 27 ; *contra* : TC VD, HC/2018/378, arrêt du 7.5.2018, consid. 4.3 ; Kren Kostkiewicz, N 2051 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265 LP N 8a ; Vock/Meister-Müller, p. 103. Cf. ATF 99 Ia 19, consid. 3c qui considère comme non arbitraire la solution retenue par la décision cantonale de limiter la saisie à l'année précédant la poursuite concernée. Cf. ég. TF 5A_283/2007, arrêt du 15.11.2007, consid. 2.3.1.

tel cas de figure à ce jour, la jurisprudence s'en tenant à une capitalisation sur l'année précédant la réquisition de poursuite. Dans un cas de thésaurisation théorique, le patrimoine du débiteur ne suffit souvent pas à désintéresser les créanciers. La saisie portera alors sur les revenus futurs, soit sur une période d'un an au plus compte tenu de la limite temporelle posée par l'art. 93 al. 2 LP.[102] La saisie du montant mensuel déterminant aura lieu pendant l'année à venir selon l'article précité.[103] En cas de baisse du revenu durant la période concernée, l'office adaptera sur requête la saisie par une décision susceptible de plainte au sens de l'art. 17 LP.[104]

Le **seuil** du retour à meilleure fortune se calcule en tenant compte du montant de base pour le calcul du minimum vital[105] en y additionnant les charges indispensables selon l'art. 93 LP,[106] les dépenses incompressibles,[107] les frais usuels[108] et un supplément admissible selon le critère du train de vie conforme à la situation actuelle du débiteur lui permettant notamment d'épargner.[109] Ce dernier montant additionnel est à estimer selon le pouvoir 29

102. OGer TG, ZBR.2006.64, arrêt du 7.11.2006, consid. 2.b.bb ; BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 19. Cf. ég. Meier/Hamburger, RSJ 2014, p. 94 s.
103. CR, Jeandin, art. 265 LP N 28.
104. CR, Jeandin, art. 265 LP N 28.
105. Soit, selon les Lignes directrices pour le calcul du minimum d'existence en matière de poursuite (minimum vital) selon l'article 93 LP établies le 1er juillet 2009 par la Conférence des préposés aux poursuites et faillites de Suisse : CHF 1'200.- pour un débiteur vivant seul, CHF 1'350.- pour un débiteur monoparental et CHF 1700.- pour un couple marié, deux personnes vivant en partenariat enregistré ou un couple avec des enfants. Cf. ég. BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 23h s.
106. Soit le loyer, les primes d'assurance-maladie obligatoire, l'assurance responsabilité-civile, les frais de chauffage, etc. : ATF 129 III 385, consid. 5.1.2 ; TC VD, HC/2018/378, arrêt du 7.5.2018, consid. 4.2 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 20 ; CR, Jeandin, art. 265 LP N 25 ; Kren Kostkiewicz, N 2049 ; Muster, BlSchK 2013, p. 6.
107. Comme les contributions d'entretien ou les impôts, y compris les arriérés d'impôts dont le paiement ressortit à un plan de paiement conclu avec les autorités fiscales : ATF 135 III 424, consid. 3 ; ATF 129 III 385, consid. 5.1.2 ; TF 5A_650/2013, arrêt du 19.11.2013, consid. 2.4 ; TF 5A_21/2010, arrêt du 19.4.2010, consid. 4.3 ; TF 5A_622/2008, arrêt du 11.6.2009, consid. 2.3 ; TC VD, HC/2018/378, arrêt du 7.5.2018, consid. 4.2 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 20 et 23c ; CR, Jeandin, art. 265 LP N 25 ; Kren Kostkiewicz, N 2049 ; Muster, BlSchK 2013, p. 6, lequel considère cependant que la prise en compte des arriérés d'impôts pénaliserait les créanciers de manière trop importante.
108. Comme les frais d'acquisition et d'entretien du véhicule, d'une télévision, d'un portable, voire d'un ordinateur ainsi que certaines assurances privées : ATF 129 III 385, consid. 5.1.2 ; TC VD, HC/2018/378, arrêt du 7.5.2018, consid. 4.2 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 20 ; CR, Jeandin, art. 265 LP N 25 ; Kren Kostkiewicz, N 2049 ; Muster, BlSchK 2013, p. 6.

d'appréciation du juge après une appréciation individualisée de chaque situation et ne peut dépendre de critères schématiques mis en place par les cantons.[110] La prise en compte de statistiques pour refléter l'évolution des salaires ou du coût de la vie est exclue.[111] Les pratiques cantonales qui tenaient uniformément compte d'un certain pourcentage supplémentaire (de 50%, 66.6% voire 100%)[112] du montant de base du minimum vital pour tous les débiteurs du canton ont été jugées arbitraires par le Tribunal fédéral.[113] Une « forfaitisation limitée » est cependant admise, notamment si le juge fixe le montant additionnel sous forme de pourcentage (par exemple de 50% ou de 66.6%) appliqué au montant de base du minimum vital après avoir apprécié les circonstances particulières du cas d'espèce.[114] Lorsque les dépenses du débiteur et de sa famille ont été calculées largement pour tenir compte du train de vie, le Tribunal fédéral considère qu'il est excessif de doubler le montant de base en appliquant un supplément de 100% et a ramené la majoration à un pourcentage de 50%.[115] La jurisprudence admet également de tenir compte en sus de frais de déplacements et de représentation lorsque ces

109. ATF 135 III 424, consid. 2.1 ; ATF 129 III 385, consid. 5.1.2 ; TF 5A_21/2010, arrêt du 19.4.2010, consid. 4.2 ; TC VD, HC/2018/378, arrêt du 7.5.2018, consid. 4.2 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 20 ; CR, Jeandin, art. 265 LP N 25 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265 LP N 8b ; Kren Kostkiewicz, N 2049 ; Marchand/Hari, N 735 ; Vock/Meister-Müller, p. 102. Pour une casuistique : BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 23a ss.
110. ATF 135 III 424, consid. 2.1 ; ATF 129 III 385, consid. 5.1.1 et 5.1.4 ; TF 5A_500/2018, arrêt du 2.8.2018, consid. 4 ; TC VD, HC/2018/378, arrêt du 7.5.2018, consid. 4.2 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 21 ; CR, Jeandin, art. 265 LP N 26 ; Kren Kostkiewicz/Milani, p. 80 ; Marchand/Hari, N 735 ; Muster, BlSchK 2013, p. 7 ; SK, Schober, art. 265 LP N 19 ; *contra* : Meier/Hamburger, p. 98.
111. TC VD, HC/2018/378, arrêt du 7.5.2018, consid. 5.1.
112. BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 20 ; CR, Jeandin, art. 265 LP N 26 et les références citées ; Marchand/Hari, N 735 ; Stoffel/Chabloz, § 11 N 144.
113. ATF 135 III 424, consid. 2.1–2.3 (rendu sans limitation du pouvoir de cognition du TF) qui reprend et confirme l'ATF 129 III 385, consid. 5.1.3 et 5.2 (rendu avec un pouvoir de cognition du TF limité à l'arbitraire) ; TF 5A_104/2010, arrêt du 28.4.2010, consid. 5.7 ; TF 5A_622/2008, arrêt du 11.6.2009, consid. 2.3 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 21 s. ; CR, Jeandin, art. 265 LP N 26 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265 LP N 8b ; Meier, p. 20 s. ; Muster, BlSchK 2013, p. 7 ; OFK, Kren Kostkiewicz, art. 265 LP N 10 ; SK, Schober, art. 265 LP N 19. Cf. ég. Gilliéron, Commentaire, art. 265 LP N 52.
114. ATF 135 III 424, consid. 2.3 ; TF 5A_21/2010, arrêt du 19.4.2010, consid. 4.2 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 21 s. ; CR, Jeandin, art. 265 LP N 26 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265 LP N 8b ; Kren Kostkiewicz, N 2049 ; Muster, BlSchK 2013, p. 7.
115. ATF 135 III 242, consid. 2.3 ; TF 5A_21/2010, arrêt du 19.4.2010, consid. 4.2 ; TC VD, HC/2018/378, arrêt du 7.5.2018, consid. 4.2.

frais comprennent notamment des frais de repas ou d'habillement en relation avec les postes de l'entretien de base.[116] L'indemnité versée par l'employeur qui sert uniquement à couvrir le loyer des bureaux du débiteur, les frais de secrétariat ou de fonctionnement n'est pas un revenu et doit être exclue du calcul.[117] Lorsque le débiteur a un conjoint ou un partenaire enregistré, le seuil du retour à meilleure fortune se détermine selon les règles pour déterminer le minimum vital d'un débiteur marié.[118]

C. Prévention des risques d'abus

30 En combinaison avec la déclaration d'insolvabilité (art. 191 LP), l'exception de non-retour à meilleure fortune présente un **potentiel d'abus**. La révision de 1994 a introduit deux mesures pour prévenir ce risque, en permettant de saisir les biens de tiers sous certaines conditions (*infra* 1) et en imposant qu'un juge décide de la recevabilité de l'opposition pour non-retour à meilleure fortune (*infra* 2).

1. Saissabilité des biens appartenant à un tiers

31 L'appréciation du retour à meilleure fortune prend désormais en compte les **valeurs dont le débiteur dispose économiquement** (art. 265 al. 2 *i.f.* LP).[119] Le but est de prévenir l'abus de droit en tenant compte du critère objectif de la réalité économique pour éviter que le débiteur ex-failli se constitue une nouvelle fortune au nom d'un tiers (conjoint, parent, etc.) tout en se comportant comme le véritable propriétaire de celle-ci.[120] Le juge pourra ainsi déclarer saisissables des biens appartenant à un tiers lorsque le débiteur ex-failli en a la maîtrise économique et que le droit du tiers a été constitué

116. TF 5A_622/2008, arrêt du 11.6.2009, consid. 2.3 ; Muster, BlSchK 2013, p. 6.
117. TF 5P.127/2001, arrêt du 20.6.2001, consid. 2b ; Muster, BlSchK 2013, p. 6.
118. CJ GE, ACJC/1252/2018, arrêt du 18.9.2018, consid. 2.1.2. Cf. ATF 114 III 12, consid. 3–4.
119. ATF 129 III 385, consid. 5.1 ; OGer TG, ZBS.2022.11, arrêt du 21.6.2022, consid. 2a, RBOG 2022, p. 125 ; Brönnimann, RDS 1996 I 225 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 24 ; CR, Jeandin, art. 265 LP N 30 ; Fürstenberger, p. 38 ss ; Gilliéron, Commentaire, art. 265 LP N 6 et 48 ; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Commentaire, art. 265 LP N 19 ; OFK, Kren Kostkiewicz, art. 265 LP N 11 ; Stoffel/Chabloz, § 11 N 146. Pour une analyse détaillée de la notion de détention économique : Kuster, RSJ 1997, p. 289 ss.
120. Message 1991, p. 182 ; TF 5A_452/2007, arrêt du 22.1.2008, consid. 2 et 3.1 ; TF 5A_283/2007, arrêt du 15.11.2007, consid. 2.3.2 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 24 ; CR, Jeandin, art. 265 LP N 30 ; Jeandin, SJ 1997, p. 284 ; Stoffel/Chabloz, § 11 N 146 ; Vock/Meister-Müller, p. 103.

dans l'intention reconnaissable par le tiers d'empêcher le retour à meilleure fortune (art. 265a al. 3, 2e phr. LP ; cf. OK-Constantin, art. 265a LP N. 32 ss).[121] En application de l'art. 95 al. 3 LP, la saisissabilité de tels biens n'entre cependant en ligne de compte que de manière subsidiaire, si le débiteur n'a pas de patrimoine saisissable propre (OK-Constantin, art. 265a LP N. 35).[122] Sont par exemple saisissables les valeurs acquises au nom de l'épouse séparée de biens du débiteur ex-failli, lequel gère au nom de celle-ci un nouveau commerce.[123]

32 Selon une partie de la doctrine, il n'est pas nécessaire que le comportement du débiteur constitue un **abus de droit** au sens de l'art. 2 al. 2 CC pour saisir des biens qui lui appartiennent sur le plan économique.[124] La jurisprudence, à laquelle je me rallie, semble s'en tenir au fait que l'art. 265 al. 2 *i.f.* LP concrétise l'interdiction de l'abus de droit.[125] Il en va de même du Message du 8 mai 1991, par lequel le Conseil fédéral qualifie l'art. 265 al. 2 LP de concrétisation de l'interdiction de l'abus de droit.[126] A mon avis, la saisie de biens de tiers n'est donc possible que si les conditions de l'art. 2 al. 2 CC sont remplies.

33 Le **tiers** n'est pas partie à la procédure dans laquelle la recevabilité de l'opposition pour retour à meilleure fortune est examinée par le juge. Lors de la phase de saisie, le tiers devra par conséquent faire valoir ses droits par la revendication (art. 106 à 109 LP ; OK-Constantin, art. 265a LP N. 37).[127]

---

121. TF 5A_452/2007, arrêt du 22.1.2008, consid. 3.1 ; TF 5A_283/2007, arrêt du 15.11.2007, consid. 2.3.2 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 24 ; CR, Jeandin, art. 265 LP N 30 ; Gasser, RJB 1996, p. 21 s. ; Gilliéron, Commentaire, art. 265 LP N 48 ; Kren Kostkiewicz/Milani, p. 80 ; Kuster, RSJ 1997, p. 289 et 295 ; OFK, Kren Kostkiewicz, art. 265 LP N 11 ; Stoffel/Chabloz, § 11 N 149 ; Vock/Meister-Müller, p. 103 s. Cf. pour des exemples : CR, Jeandin, art. 265 LP N 32.
122. Kuster, RSJ 1997, p. 295.
123. TF 5A_452/2007, arrêt du 22.1.2008, consid. 3.1 ; Gasser, RJB 1996, p. 21 ; Gilliéron, Commentaire, art. 265 LP N 48 ; Kuster, RSJ 1997, p. 295 ; OFK, Kren Kostkiewicz, art. 265 LP N 11. Cf. ég. Jeandin, SJ 1997, p. 283.
124. Brönnimann, RDS 1996 I 226 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265 LP N 24 ; Gut/Rajower/Sonnenmoser, PJA 1998, p. 544 ; *contra* : Amonn/Walther, § 48 N 34b ; Fürstenberger, p. 43 ; Gasser, RJB 1996, p. 21 s. ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265 LP N 9 ; Kren Kostkiewicz/Milani, p. 80 ; Kuster, RSJ 1997, p. 294 ;Vock/Meister-Müller, p. 103. Cf. ég. Jeandin, SJ 1997, p. 284 ss.
125. TF 5A_452/2007, arrêt du 22.1.2008, consid. 2 et 3 ; TF 5A_283/2007, arrêt du 15.11.2007, consid. 2.3.2 ; Vock/Meister-Müller, p. 103.
126. Message 1991, p. 182 ; Vock/Meister-Müller, p. 103.
127. Kren Kostkiewicz, N 2056 ; Stoffel/Chabloz, § 11 N 150 ; Vock/Meister-Müller, p. 104.

2. Rôle du juge

La révision a aussi amélioré la position du créancier dans la procédure. En effet, l'opposition pour non-retour à meilleure fortune doit être **déclarée recevable par le juge** (art. 265a al. 2 et 3 LP ; cf. spécifiquement OK-Constantin, art. 265a LP N. 17 ss).[128] 34

BIBLIOGRAPHIE

Amonn Kurt/Walther Fridolin, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9e éd., Berne 2013.

Babic Igor, Der digitale Verlustschein, BlSchK 2022, p. 110–124.

Baumgartner Rico, Die Bildung neuen Vermögens gemäss Art. 265 Abs. 2 SchKG, Zurich 1988.

Bopp Lukas, Die Anerkennung ausländischer Restschuldbefreiung in der Schweiz unter Einbezug der EU-Insolvenzverordnung, in : Grolimund Pascal/Koller Alfred/Loacker Leander/Portmann Wolfgang (édit.), Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag, Zurich et al. 2018, p. 35–47.

Brönnimann Jürgen, Neuerungen bei ausgewählten Klagen des SchKG, RDS 1996 I 211–239.

Brönnimann Jürgen, Zur Verrechnung mit einer Konkursverlustscheinsforderung, in : Riemer Hans Michael/Kuhn Moritz/Vock Dominik/Gehri Myriam (édit.), Schweizerisches und Internationales Zwangsvollstreckungsrecht, Festschrift für Karl Spühler zum 70. Geburtstag, Zurich 2005, p. 45–54 (cité : Brönnimann, Mélanges Spühler).

Dallèves Louis, Un « fresh start » pour les communes surendettées ?, SJ 2001 II 169–180.

Duc Jean-Jacques, Actes de défaut de biens et la gestion des débiteurs récalcitrants, JdT 2018 II 83, p. 83–114.

Fürstenberger Beat, Einrede des mangelnden und Feststellung neuen Vermögens nach revidiertem Schuldbetreibungs- und Konkursgestez – Unter

128. Jeandin, SJ 1997, p. 285 ; Kren Kostkiewicz/Milani, p. 83 ; Stoffel/Chabloz, § 11 N 147 ; Spahr, BlSchK 2004, p. 124 ; Zwahlen, BlSchK 2017, p. 3.

besonderer Berücksichtigung der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft, Bâle et al. 1999.

Gasser Dominik, Nachlassverfahren, Insolvenzerklärung und Feststellung des neuen Vermögens nach rev. SchKG, RJB 1996, p. 1–25.

Geissbühler Grégoire, Le recouvrement privé des créances – Aspects contractuels et protection du débiteur, Zurich 2016.

Gilliéron Pierre-Robert, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Loi du 11 avril 1889, texte en vigueur le 1er janvier 1997, Articles 159-270, Lausanne 2001.

Gut Beat/Rajower Felix/Sonnenmoser Brigitta, Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens, unter besonderer Berücksichtigung der zürcherischen Praxis, PJA 1998, p. 529–546.

Huber Ueli/Sogo Miguel, Commentaire de l'art. 265 LP, in : Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (édit.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basler Kommentar, vol. II, 3e éd., Bâle 2021 (cité : BSK, Auteur).

Jaeger Carl/Walder Hans Ulrich/Kull Thomas/Kottmann Martin, Commentaire de l'art. 265 LP, in : Jaeger Carl et al. (édit.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band II, Art. 159-292, 4e éd., Zurich 1999.

Jeandin Nicolas, Actes de défaut de biens et retour à meilleure fortune selon le nouveau droit, SJ 1997, p. 261–309 (cité : Jeandin, SJ 1997).

Jeandin Nicolas, Commentaire de l'art. 265 LP, in : Foëx Benedict/Jeandin Nicolas/Braconi Andrea/Benoît Chappuis (édit.), Commentaire romand, Poursuite et faillite, Commentaire de la loi de la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi sur le droit international privé, 2e éd., Bâle 2025 (cité : CR, Auteur).

Jeandin Nicolas, Obligation d'entretien et exécution forcée, FamPra.ch 2023, p. 902–926 (cité : Jeandin, FamPra 2023).

Junker Rudolf, Rechtsvorschlag : kein neues Vermögen (Art. 265a SchKG), in : Flückiger Max et al. (édit.), Solothurner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1998, Soleure 1998, p. 579–608.

Krampf Michael, « Kein neues Vermögen » : Die Praxis zum Rechtsvorschlag, Plädoyer 6 (2013), p. 72–77.

Kren Kostkiewicz Jolanta, Commentaire de l'art. 265 LP, in : Kren Kostkiewicz (édit.), SchKG Kommentar, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen, OFK – Orell Füssli Kommentar, 20e éd., Zurich 2020 (cité : OFK, Auteur).

Kren Kostkiewicz Jolanta/Milani Dominik, Das Bewilligungsverfahren bei der Einrede mangelnden neuen Vermögens (Art. 265a SchKG) unter Berücksichtigung der Parteirollenverteilung und den damit verbundenen Kostentragungspflichten, in : Kunz Peter/Weber Jonas/Lienhard Adreas/Fargnoli Iole/Kren Kostkiewicz Jolanta (édit.), Berner Gedanken zum Recht, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag 2014, p. 77–95.

Kren Kostkiewicz Jolanta, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 4e éd., Zurich 2024.

Kuster Matthias, Begriff und Bedeutung der wirtschaftlichen Berechtigung nach Art. 265 und 265a des revidierten SchKG, RSJ 1997, p. 289–296.

Lanter Beat, Die Insolvenzerklärung als Mittel zur Abwehr von Pfändungen, Zurich 1976.

Marchand Sylvain/Hari Olivier, Précis de droit des poursuites, 3e éd., Zurich 2022.

Marchand Sylvain, La faillite personnelle, entre abus et regrets, JdT 2018 II 4–14.

Margraf Olivier, Verjährung von Verlustscheinforderungen am Beispiel von Steuerforderungen, RF 2016, p. 292–295.

Meier Benedikt, Restschuldbefreiung, Zurich 2012.

Meier Isaak/Hamburger Carlo, Die Entschuldung von Privathaushalten in schweizerischen Recht, RSJ 2014, p. 93–105.

Muster Eric, Le retour à meilleure fortune : un état des lieux, BlSchK 2013, p. 1–19.

Näf Guido/Peyer Daniel, Commentaire de l'art. 265 LP, in : Hunkeler Daniel (édit.), Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Kurzkommentar, 3e éd., Bâle 2025 (cité : KUKO, Auteur).

Sogo Miguel, Zahlungsunfähigkeit im Vertragsverhältnis, Zurich 2015.

Spahr Christoph, Prozessuales zum Bewilligungsverfahren nach Art. 265a SchKG am Beispiel des Kantons Thurgau, BlSchK 2004, p. 121–136.

Stoffel Walter/Chabloz Isabelle, Voies d'exécution, 3e éd., Berne 2016.

Schober Roger, Commentaire de l'art. 265 LP, in : Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik (édit.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, SK – Schulthess Kommentar, 4e éd., Zurich 2017 (cité : SK, Auteur).

Vock Dominik/Meister-Müller Danièle, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, 2e éd., Zurich et al. 2018.

Ziltener Felix, Die Konkurrenz von Konkursverlustscheinsforderungen im Prozess betreffend Feststellung neuen Vermögens, ZZZ 9 (2008), p. 19–28.

Zwahlen Hans, 20 Jahre summarische Feststellung von neuem Vermögen, BlSchK 2017, p. 1–4.

MATÉRIAUX

Message concernant la revision de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 8 mai 1991, FF 1991 III 1, disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1991/3_1_1_1/fr, consulté le 6.3.2025.

COMMENTAIRE

Art. 265a LP

Un commentaire de Arnaud Constantin

PROPOSITION DE CITATION

Arnaud Constantin, Commentaire de l'art. 265a LP, in: Pasquier Bruno/Heinzmann Michel (édit.), Commentaire en ligne de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite

Citation abrégée: OK-Constantin, art. 265a LP N. XXX.

2. Constatation du retour à meilleure fortune

Art. 265*a*

[1] Si le débiteur fait opposition en contestant son retour à meilleure fortune, l'office soumet l'opposition au juge du for de la poursuite. Celui-ci statue après avoir entendu les parties; sa décision n'est sujette à aucun recours.

[2] Le juge déclare l'opposition recevable si le débiteur expose l'état de ses revenus et de sa fortune et s'il rend vraisemblable qu'il n'est pas revenu à meilleure fortune.

[3] Si le juge déclare l'opposition irrecevable, il détermine dans quelle mesure le débiteur est revenu à meilleure fortune (art. 265, al. 2). Le juge peut déclarer saisissables des biens appartenant à un tiers lorsque le débiteur en dispose économiquement et que le droit du tiers a été constitué par le débiteur dans l'intention reconnaissable par le tiers d'empêcher le retour à meilleure fortune.

[4] Le débiteur et le créancier peuvent intenter une action en constatation du non retour ou du retour à meilleure fortune devant le

juge du for de la poursuite dans les 20 jours à compter de la notification de la décision sur opposition.

TABLE DES MATIÈRES

I. Procédure 224
A. Opposition pour non-retour à meilleure fortune (art. 265a al. 1 LP) 224
1. Cas d'opposition motivée 224
2. Créance constatée par un acte de défaut de biens après faillite 228
B. Examen de l'opposition par l'office (art. 265a al. 1 LP) 230
C. Décision judiciaire sur la recevabilité de l'opposition (art. 265a al. 1–3 LP) 232
1. Aspects procéduraux 232
2. Décision et absence de voie de droit 236
D. Action constatatoire (art. 265a al. 4 LP) 240
1. Aspects procéduraux 240
2. Déclaration de saisissabilité des biens appartenant à un tiers 244
II. Effets de l'opposition sur la poursuite 246
A. Levée de l'opposition 246
B. Continuation de la poursuite 248
Bibliographie 250
Materériaux 253

I. PROCÉDURE

1 L'art. 265a LP règle la manière de traiter l'opposition pour non-retour à meilleure fortune. Le débiteur doit tout d'abord soulever l'exception (*infra* A). La procédure se divise ensuite en deux phases judiciaires, précédées d'une phase préalable non judiciaire. Lors de la phase préalable, l'office vérifie les aspects formels de l'opposition (*infra* B). Lors de la première phase judiciaire, le juge rend une décision concernant sa recevabilité (*infra* C). Suite à cette décision, le créancier et le débiteur peuvent intenter, dans une seconde phase, une action en constatation du retour ou du non-retour à meilleure fortune (*infra* D).

A. Opposition pour non-retour à meilleure fortune (art. 265a al. 1 LP)

1. Cas d'opposition motivée

2 L'office n'examine pas d'office si le débiteur ex-failli est revenu à meilleure fortune.[129] Le débiteur doit **personnellement** se prévaloir de l'exception en formant opposition au commandement de payer[130] ou à la demande de participation privilégiée (art. 111 al. 4 LP).[131] L'opposition n'est invocable que par une personne physique à l'encontre de laquelle un ou plusieurs acte(s) de défaut de biens ont été émis à la suite de la clôture d'une procédure de faillite (OK-Constantin, art. 265 LP N. 1). La personnalité juridique d'une personne morale ne survit pas à cette procédure (art. 159a al. 1 let. b ORC ; OK-Constantin, art. 267 LP N. 5).[132] L'opposition produit des effets à l'égard du créancier et de ses éventuels successeurs (héritiers, cessionnaires, etc.).[133] Elle est également opposable aux créances dont les titulaires n'ont pas participé à

129. BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 2 ; Kren Kostkiewicz/Milani, p. 81 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265a LP N 2.
130. Amonn/Walther, § 48 N 39 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 2 et 7 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 12 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265a LP N 2.
131. OGer BE, arrêt du 5.7.2013, consid. 16, BlSchK 2014, p. 140 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 2.
132. CR, Jeandin, art. 265a LP N 12 ; Kren Kostkiewicz/Milani, p. 81.
133. Amonn/Walther, § 48 N 39 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 12 ; Muster, BlSchK 2013, p. 3 ; OFK, Kren Kostkiewicz, art. 265a LP N 9. Cf. en cas de cession du salaire futur antérieurement à la faillite : ATF 75 III 111, consid. 1 ; Gilliéron, Commentaire, art. 265 LP N 47.

la faillite ou dont la créance n'a pas été colloquée (N. 8 ; art. 267 LP ; OK-Constantin, art. 267 LP N. 10), mais pas aux créances nées après l'ouverture de la faillite (N. 12).[134] Le droit de former opposition pour non-retour à meilleure fortune ne passe pas aux héritiers du débiteur ex-failli, lesquels peuvent répudier la succession (art. 566 ss CC).[135]

L'art. 265a LP est une *lex specialis* par rapport aux art. 74 et 75 al. 1, 1ère phr. LP selon lesquels il n'est pas nécessaire de motiver l'opposition. Le débiteur qui conteste son retour à meilleure fortune doit ainsi le **mentionner expressément** dans son opposition, faute de quoi il est déchu du droit de faire valoir ce moyen (art. 75 al. 2 LP).[136] La déchéance exclut les procédures des art. 85, 85a et 86 LP.[137] L'opposition peut porter sur l'inexistence d'une nouvelle fortune, la créance elle-même ou ces deux éléments à la fois.[138] Elle vaudra comme simple contestation de la créance si elle n'est pas motivée (« opposition ordinaire » à lever selon les procédures des art. 79 ss LP ; N 39 ss).[139] L'opposition pour non-retour à meilleure fortune ne limite pas la possibilité du débiteur de contester l'ampleur ou l'existence de la créance.[140] 3

134. BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 9 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 6.
135. ATF 65 III 58 ; OGer ZH, arrêt du 12.11.1985, consid. 5, ZR 1985, p. 300 s. ; Amonn/Walther, § 48 N 39 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 7 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 12 ; Fürstenberger, p. 9 ; Gilliéron, Commentaire, art. 265 LP N 32 ; Gut/Rajower/Sonnenmoser, PJA 1998, p. 532 ; Jeandin, SJ 1997, p. 301 ; Krampf, Plädoyer 6/2013, p. 72 *i.f.* ; Kren Kostkiewicz/Milani, p. 82 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265a LP N 4 ; Muster, BlSchK 2013, p. 3 ; OFK, Kren Kostkiewicz, art. 265a LP N 8 ; Vock/Meister-Müller, p. 107.
136. Message 1991, p. 183 ; ATF 140 III 567, consid. 2.1, JdT 2015 II 166 ; ATF 108 III 6, consid. 1 ; TF 5A_487/2014, arrêt du 27.10.2014, consid. 2.1 ; TC FR, 102 2025 4, arrêt du 13.2.2025, consid. 2.1–2.2 ; OGer ZH, RT240133, arrêt du 16.9.2024, consid. 2.1 ; AS SH, arrêt du 7.9.2001, consid. 2a, BlSchK 2002, p. 45 ; Amonn/Walther, § 48 N 36 ; Brönnimann, RDS 1996 I 228 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 2 s. ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 1 ; Junker, p. 580 ; Fürstenberger, p. 15 ; Gilliéron, Commentaire, art. 265a LP N 8 ; Gut/Rajower/Sonnenmoser, PJA 1998, p. 530 ; Krampf, Plädoyer 6/2013, p. 72 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265a LP N 2 ; Martin, BlSchK 2025, p. 83 ; Muster, BlSchK 2013, p. 3 ; OFK, Kren Kostkiewicz, art. 265a LP N 5 ; Muster, BlSchK 2013, p. 10 ; Peter, p. 171 ; SK, Schober, art. 265a LP N 1 ; Spahr, BlSchK 2004, p. 122 ; Spühler/Dolge, N 419 s. ; Studer/Zöbeli, p. 195 s. ; Vock/Meister-Müller, p. 101.
137. Peter, p. 171 *i.f.*
138. CR, Jeandin, art. 265a LP N 22 ; SK, Schober, art. 265a LP N 1.
139. OGer ZH, RT240133, arrêt du 16.9.2024, consid. 2.1 ; Amonn/Walther, § 48 N 37 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 4 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 1 et 3 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265a LP N 2 ; Kren Kostkiewicz, N 2040 ; Muster, BlSchK 2013, p. 3 ; Spahr, BlSchK 2004, p. 122 ; Spühler/Dolge, N 420.
140. ATF 103 III 31, consid. 2, JdT 1979 II 61 ; ATF 82 III 9 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 4 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 4.

L'office examinera si le débiteur a fait opposition pour non-retour à meilleure fortune avant de la transmettre cas échéant au juge (N. 12).[141] A ce stade, des pièces justificatives sont superflues (comp. : N. 20 et N. 30).[142]

4 La pratique apprécie l'exigence de motivation de manière souple et n'exige pas que le débiteur fasse opposition en utilisant les mots précis « *absence de nouvelle fortune* ».[143] Ont **par exemple** été jugées suffisantes les oppositions motivées comme suit : « *situation inchangée* », « *je ne suis pas revenu à meilleure fortune* » («*bin zu keinem neuen Vermögen gekommen*»), « *je ne peux rien payer* » («*ich kann nichts zahlen*») ou « *opposition pas de meilleure/nouvelle fortune* » («*Rechtsvorschlag kein neues Vermögen*»).[144] N'est cependant pas suffisante la seule mention « *je fais opposition* » («*Ich erhebe Rechtsvorschlag*»).[145]

5 L'opposition et sa portée s'interprètent en application du principe de la confiance.[146] Selon la jurisprudence, l'opposition du débiteur pour non-retour à meilleure fortune contient aussi, sauf mention expresse du contraire, une **opposition contre la créance elle-même** (N. 39 ss).[147] Par exemple, l'absence de ponctuation entre les termes « *opposition pas de nouvelle fortune* » («*Rechtsvorschlag kein neues Vermögen*» ; N. 4) ne permet pas de distinguer

141. CR, Jeandin, art. 265a LP N 1 et la référence citée.
142. BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 4 et 20.
143. ATF 103 III 31, consid. 2, JdT 1979 II 61 ; AB SG, arrêt du 13.10.2003, consid. 3b, BlSchK 2004, p. 192 ; AS SH, arrêt du 7.9.2001, consid. 2b, BlSchK 2002, p. 45 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 4 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 2 ; Gilliéron, Commentaire, art. 265a LP N 8 ; Peter, RSJ 2015, p. 397 ; Spahr, BlSchK 2004, p. 122 ; Spühler/Dolge, N 420.
144. ATF 140 III 567, consid. 2.3–2.4, JdT 2015 II 166 ; ATF 108 III 6, consid. 1 ; ATF 103 III 31, consid. 2, JdT 1979 II 61 ; ATF 82 III 9 ; TF 5A_351/2016, arrêt du 19.7.2016, consid. 8, SJ 2017 I 141 ; TF 5A_487/2014, arrêt du 27.10.2014, consid. 2.4 ; AB SG, arrêt du 13.10.2003, consid. 3b, BlSchK 2004, p. 192 ; AS SH, arrêt du 7.9.2001, consid. 2, BlSchK 2002, p. 45 ; Amonn/Walther, § 48 N 36 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 4 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 2 ; Fürstenberger, p. 16 ; Gilliéron, Commentaire, art. 265a LP N 8 ; OFK, Kren Kostkiewicz, art. 265a LP N 1.
145. Kren Kostkiewicz, N 2040.
146. ATF 140 III 567, consid. 2.3, JdT 2015 II 166 ; TF 5A_351/2016, arrêt du 19.7.2016, consid. 8, SJ 2017 I 141 ; TF 5A_487/2014, arrêt du 27.10.2014, consid. 2.3 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 4 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 4 ; OFK, Kren Kostkiewicz, art. 265a LP N 1.
147. ATF 140 III 567, consid. 2.3, JdT 2015 II 166 ; ATF 108 III 6, consid. 1 ; ATF 103 III 31, consid. 2, JdT 1979 II 61 ; ATF 82 III 9 ; TF 5A_487/2014, arrêt du 27.10.2014, consid. 2.3–2.4 ; Amonn/Walther, § 48 N 37 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 4 ; Junker, p. 580 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265a LP N 3 ; Kren Kostkiewicz, N 2042 s. ; OFK, Kren Kostkiewicz, art. 265a LP N 1 ; Vock/Meister-Müller, p. 104.

clairement les deux parties de la déclaration et de dire que l'opposition est motivée seulement par le défaut de nouvelle fortune.[148] Le Tribunal fédéral a cependant jugé que l'opposition porte seulement sur le retour à meilleure fortune si le débiteur fait « *opposition pour absence de nouvelle fortune* » («*Rechtsvorschlag da kein neues Vermögen vorhanden*»).[149]

En cas de **retrait** de l'opposition pour non-retour à meilleure fortune et à défaut de précision expresse, la jurisprudence cantonale et la doctrine considèrent dans un souci d'égards pour le débiteur qu'il n'y a pas renonciation à l'opposition visant la créance elle-même.[150] Le principe d'interprétation « *in dubio pro debitore* », favorisant l'une des parties et qui prévalait par le passé, est exclu pour le surplus (N. 5 pour l'interprétation selon le principe de la confiance).[151] 6

Sous peine de déchéance (N. 3), l'opposition pour non-retour à meilleure fortune doit intervenir **dans le délai d'opposition**, c'est-à-dire dans le délai de dix jours à compter de la notification du commandement de payer (art. 74 al. 1 LP et art. 75 al. 2 LP en lien avec l'art. 265 al. 1 LP ; cf. art. 265a LP N. 10 ; cf. art. 35 et 33 al. 2 LP pour la possibilité d'accorder un délai plus long ou de prolonger le délai).[152] Le débiteur ayant formé une opposition non motivée peut la compléter dans ce délai, mais pas à un stade ultérieur de la procédure (art. 75 al. 2 LP).[153] Une restitution du délai est possible aux conditions de l'art. 33 al. 4 LP.[154] Faute d'être excusable, la restitution de délai en faveur du débiteur qui n'aurait pas réalisé que la poursuite était fondée sur un acte de défaut de biens après faillite est exclue (art. 265 LP N 15 ; art. 265a LP N 8).[155] 7

148. ATF 103 III 31, consid. 2, JdT 1979 II 61 ; Gilliéron, Commentaire, art. 265a LP N 24.
149. ATF 109 III 7, consid. 4 ; Gilliéron, Commentaire, art. 265a LP N 24 ; Junker, p. 581 s.
150. AS TG, arrêt du 8.9.1997, consid. 2a, RBOG 1997, n. 10, p. 97 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 4.
151. TF 5A_487/2014, arrêt du 27.10.2014, consid. 2.3 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 4 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 4. Cf. ATF 108 III 6, consid. 3 ; AS SH, arrêt du 7.9.2001, consid. 2b, BlSchK 2002, p. 45 pour des cas d'application de ce principe.
152. ATF 45 III 226, consid. 3 ; TC FR, 102 2025 4, arrêt du 13.2.2025, consid. 2.1 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 3 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 3 ; Gut/Rajower/Sonnenmoser, PJA 1998, p. 530 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265a LP N 2 ; Krampf, Plädoyer 6/2013, p. 72 ; Kren Kostkiewicz, N 2037 ; Kren Kostkiewicz/Milani, p. 82 ; Muster, BlSchK 2013, p. 10 ; OFK, Kren Kostkiewicz, art. 265a LP N 5 ; Spahr, BlSchK 2004, p. 122.
153. Amonn/Walther, § 48 N 36 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 3 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 3 ; Gut/Rajower/Sonnenmoser, PJA 1998, p. 530 ; Junker, p. 580 ; Spahr, BlSchK 2004, p. 122.
154. TC GE, DCSO/171/2021, arrêt du 6.5.2021, consid. 2.1.2 et 2.2 ; Gut/Rajower/Sonnenmoser, PJA 1998, p. 530 ; Kren Kostkiewicz/Milani, p. 82.

En cas de doute, le débiteur ex-failli devrait motiver son opposition (N. 3 s.) et se prévaloir de l'exception de non-retour à meilleure fortune. Hormis l'action révocatoire (art. 288 LP), les nouveaux créanciers n'ont aucune prétention envers le débiteur ex-failli s'il omet de faire valoir l'exception à l'encontre d'un créancier titulaire d'une prétention d'une faillite antérieure.[156]

2. Créance constatée par un acte de défaut de biens après faillite

8 L'opposition pour non-retour à meilleure fortune concerne les créances déduites en poursuite antérieures à la faillite qui ont été constatées par un **acte de défaut de biens après faillite** ou qui tombent sous le coup de l'**art. 267 LP**.[157] Lorsque l'acte de défaut de biens après faillite existe, le créancier n'a cependant pas l'obligation de le mentionner dans la réquisition de poursuite, cet acte n'emportant pas novation (art. 265 LP N 15) et ne constituant pas un titre de créance proprement dit (cf. art. 67 LP pour le contenu de la réquisition de poursuite).[158]

9 Le créancier qui possède un acte de défaut de biens après faillite peut requérir un **séquestre** contre le débiteur ex-failli (art. 271 al. 1 ch. 5 LP ; art. 265 LP N 9).[159] Lorsque le séquestre a été ordonné, le débiteur ex-failli peut faire valoir l'exception de non-retour à meilleure fortune en formant opposition auprès du juge dans les dix jours à compter de celui où il a eu connaissance du séquestre à son encontre (art. 278 LP).[160] Les procédures des

155. BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 8 et la référence citée ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 5.

156. BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 5 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 11 ; Gut/Rajower/Sonnenmoser, PJA 1998, p. 530 ; Jeandin, SJ 1997, p. 301 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265a LP N 2 et 4a. Cf. ég. ATF 130 III 678, consid. 2, JdT 2006 II 127, qui retient que le débiteur peut renoncer à l'exception pour non-retour à meilleure fortune sans se prononcer sur la question de savoir s'il s'agit d'un acte révocable. Cf. TF 5A_150/2017, arrêt du 27.11.2017, consid. 2.1 en cas de paiement de la créances à l'office.

157. ATF 133 III 620, consid. 3.1 ; TF 5A_415/2017, arrêt du 18.12.2017, consid. 3.2 ; TF 5A_167/2010, arrêt du 27.4.2010, consid. 2.1 ; OGer ZH, PS190113, arrêt du 2.8.2019, consid. 6 ; TC FR, 102 2017 350, arrêt du 26.6.2018, consid. 3.2 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 9 s. ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 7 ; Gut/Rajower/Sonnenmoser, PJA 1998, p. 529 s. et 537 s. ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265a LP N 5 ; Kren Kostkiewicz, N 2039 ; Kren Kostkiewicz/Milani, p. 81 ; Muster, BlSchK 2013, p. 3 s. ; OFK, Kren Kostkiewicz, art. 265a LP N 3 ; Vock/Meister-Müller, p. 107.

158. BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 8 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 5 ; Muster, BlSchK 2013, p. 3. Cf. ég. Krampf, Plädoyer 6/2013, p. 72.

159. BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 14 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 10 ; Vock/Meister-Müller, p. 108.

art. 265a al. 1 à 3 LP seront engagées au stade de la poursuite en validation du séquestre en cas de séquestre sans poursuite préalable (art. 279 LP) ou au stade de la poursuite antérieure à la requête de séquestre en cas de poursuite préalable.[161] L'office n'est pas compétent pour examiner le bien-fondé de l'exception ; il est tenu d'exécuter l'ordonnance de séquestre (art. 274 ss LP).[162] Le juge qui statue sur la recevabilité de l'opposition pour non-retour à meilleure fortune au sens de l'art. 265a al. 1 LP n'est pas lié par l'appréciation du juge du séquestre sur l'existence ou l'inexistence de la meilleure fortune (cf. pour la procédure : N. 17 ss).[163]

Après avoir laissé ouverte la question du contexte dans lequel l'opposition pour non-retour à meilleure fortune s'inscrit,[164] le Tribunal fédéral a jugé que la limitation imposée par l'exigence du retour à meilleure fortune affecte le **rapport de droit** à l'origine de la créance englobée dans une faillite antérieure[165]. L'exception peut ainsi être soulevée et déployer des effets de droit matériel en dehors d'une procédure de poursuite. En d'autres termes, le débiteur ex-failli peut s'en prévaloir dès qu'une telle créance est invoquée à son détriment, que ce soit dans le cadre d'une procédure de poursuite (y compris contre un éventuel cessionnaire ; N. 1) ou en dehors de l'exécution forcée[166]. Le dernier cas de figure est par exemple donné lorsque le débiteur se défend contre le créancier titulaire d'un acte de défaut de biens après faillite qui se prévaut de sa créance à titre de compensation (art. 120 CO) en vue d'éteindre une prétention nouvelle de l'ex-failli à son encontre (c'est-à-dire une prétention née postérieurement à la faillite précédemment liquidée ; N 8).[167] Selon Jeandin, l'exception de non-retour à meilleure fortune devrait 10

160. ATF 71 III 11, consid. 1 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 14a ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 10 ; OFK, Kren Kostkiewicz, art. 265a LP N 16 ; Peter, RSJ 2015, p. 397 ; Vock/Meister-Müller, p. 108.
161. CR, Jeandin, art. 265a LP N 10. Cf. ég. KUKO, Näf/Peyer, art. 265a LP N 10.
162. BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 14. Cf. pour la nullité du séquestre en cas d'atteinte au minimum vital : ATF 109 III 93, consid. 1c ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 14 *i.f.*
163. OGer LU, arrêt du 31.3.2005, consid. 6.3, LGVE 2005 I n° 50 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 10.
164. ATF 90 III 105, consid. 2a–2b, JdT 1965 II 21 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 9. Cf. ég. pour la présentation de la jurisprudence et de la doctrine antérieure : ATF 133 III 620, consid. 4.1–4.2 ; Brönnimann, Mélanges Spühler, p. 48 ss ; Portmann, RDS 1960, p. 97 s.
165. ATF 133 III 620, consid. 4.4–4.5.
166. ATF 133 III 620, consid. 4.4–4.5 ; Amonn/Walther, § 48 N 39 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 9b ; Jeandin, SJ 1997, p. 300 ; Muster, BlSchK 2013, p. 4 s. ; OFK, Kren Kostkiewicz, art. 265a LP N 6 ; SK, Schober, art. 265a LP N 12 ; Vock/Meister-Müller, p. 101 s. ; *contra* : BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 13. Cf. ég. Rüetschi, N 674.

même pouvoir être invoquée en cas de faillite sans poursuite préalable à la demande du créancier qui se prévaudrait d'une prétention résultant d'un acte de défaut de biens après faillite (art. 190 LP).[168]

11 L'opposition pour non-retour à meilleure fortune n'est **pas recevable** lorsque la créance a été constatée par un acte de défaut de biens après saisie, sauf si celle-ci a lieu pour une créance constatée par un acte de défaut de biens après faillite (art. 265 LP N 19) ou qui a pour objet une créance née avant l'ouverture de la faillite et qui n'a pas participé à la liquidation (art. 267 LP ; N. 8).[169] Elle n'est pas non plus recevable contre l'acte de défaut de biens découlant d'une faillite étrangère (art. 265 LP N 24).[170] L'ensemble du patrimoine suisse du débiteur ex-failli doit avoir fait l'objet d'une exécution générale pour qu'il puisse se prévaloir des art. 265 s. LP relatifs au non-retour à meilleure fortune.[171] C'est le cas lorsqu'une décision de faillite étrangère est reconnue en Suisse conformément aux art. 166 ss LDIP.[172]

B. Examen de l'opposition par l'office (art. 265a al. 1 LP)

12 L'examen de l'opposition par l'office est purement formel. Il porte sur le respect du délai de dix jours (N 7) et de l'exigence de motivation (N. 3), mais non pas sur l'existence et la clôture d'une faillite préalable, sur le moment de la naissance de la créance ou sur le bien-fondé de l'exception pour non-retour à meilleure fortune (ces derniers éléments étant examinés par le juge ; cf. N. 17 ss et N. 26 ss).[173] À la suite de l'examen préalable, l'opposition est soumise

167. ATF 133 III 620, consid. 4.4–4.5 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 13 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 9b ; Jeandin, SJ 1997, p. 300 ; Kren Kostkiewicz/Milani, p. 82 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265a LP N 5 ; Muster, BlSchK 2013, p. 4 s. ; OFK, Kren Kostkiewicz, art. 265a LP N 6 ; Rüetschi, N 675 ; SK, Schober, art. 265a LP N 12.

168. CR, Jeandin, art. 265a LP N 9c ; Jeandin, SJ 1997, p. 300 ; *contra* : Gilliéron, Commentaire, art. 265 LP N 44.

169. TF 5A_167/2010, arrêt du 27.4.2010, consid. 2.1 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 7 ; Muster, BlSchK 2013, p. 3. Cf. ég. BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 10 s.

170. ATF 90 III 105, consid. 2, JdT 1965 II 21 ; ATF 36 I 794, consid. 2 ; OGer ZH, PS180013, arrêt du 19.3.2018, consid. 4.3.2, CAN 2018, p. 148 ; OGer ZH, PS170079, arrêt du 2.5.2017, consid. 3.3 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 12 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 8 ; Fürstenberger, p. 13 ; Gut/Rajower/Sonnenmoser, PJA 1998, p. 531 ; OFK, Kren Kostkiewicz, art. 265a LP N 7 ; Vock/Meister-Müller, p. 101.

171. ATF 90 III 105, consid. 2, JdT 1965 II 21 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 12 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 8.

172. BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 12 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 8 ; Gut/Rajower/Sonnenmoser, PJA 1998, p. 531 ; Vock/Meister-Müller, p. 101.

d'office au juge du for de la poursuite sans acte introductif d'instance de la part du débiteur.[174] Afin de ne pas surcharger inutilement les tribunaux, il est admis par la pratique zurichoise que l'office informe le créancier de l'opposition pour non-retour à meilleure fortune formée par le débiteur en lui impartissant un délai de dix jours pour retirer la poursuite à défaut de quoi l'opposition sera soumise au juge compétent.[175] Cette pratique sert l'économie de procédure, mais rajoute une étape – soit celle d'impartir un délai au créancier pour « confirmer » la poursuite – qui n'est pas prévue par la loi.

L'interprétation jurisprudentielle de l'art. 265a al. 1 LP est **formaliste**.[176] La transmission au juge a ainsi lieu même si l'opposition est manifestement irrecevable. C'est le cas si le débiteur n'a jamais été déclaré en faillite, si la faillite a été suspendue faute d'actifs (art. 230 LP ; art. 265 LP N 24), si la faillite a été révoquée (art. 195 LP) ou si la créance déduite en poursuite est née après l'ouverture de la faillite.[177] 13

173. ATF 140 III 567, consid. 2.1, JdT 2015 II 166 ; ATF 130 III 678, consid. 2.1, JdT 2006 II 127 ; ATF 124 III 379, consid. 3b, JdT 1999 II 126 ; KGer GR, KSK 23 27, arrêt du 25.4.2023, consid. 1.4.1 ; OGer ZH, PS170079, arrêt du 2.5.2017, consid. 3.2 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 20 et 26 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 13 et 17 s. ; Gut/Rajower/Sonnenmoser, PJA 1998, p. 531 ; Kren Kostkiewicz/Milani, p. 83 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265a LP N 6 ; Kren Kostkiewicz, N 2038 ; Marchand/Hari, N 733 ; Muster, BlSchK 2013, p. 11 ; OFK, Kren Kostkiewicz, art. 265a LP N 11 ; Spühler/Dolge, N 422.

174. ATF 130 III 678, consid. 2.1, JdT 2006 II 127 ; ATF 124 III 379, consid. 3b, JdT 1999 II 126 ; TF 5A_464/2021, 15.3.2022, consid. 3.3 ; TF 5D_98/2018, arrêt du 8.2.2019, consid. 2.1 ; TF 5D_194/2016, arrêt du 5.4.2017, consid. 2.1 ; Amonn/Walther, § 48 N 40 ; Bohnet, § 81 N 14 ; Brönnimann, RDS 1996 I 228 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 1 et 19 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 13 et 17 s. ; Gasser, RJB 1996, p. 18 ; Gilliéron, Commentaire, art. 265a LP N 11 ; Jeandin, SJ 1997, p. 287 ; Junker, p. 583 ; Krampf, Plädoyer 6/2013, p. 73 ; Kren Kostkiewicz/Milani, p. 82 s. ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265a LP N 6 ; Martin, BlSchK 2025, p. 83 ; SK, Schober, art. 265a LP N 3 ; Spahr, BlSchK 2004, p. 124 ; Rüetschi, N 676 ; Spühler/Dolge, N 422 ; Vock/Meister-Müller, p. 104.

175. OGer ZH, PS230112 et PS230114, arrêts du 24.7.2023, consid. 1.1 ; OGer ZH, PS200094, arrêt du 16.6.2020, consid. I.1.1 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 19 ; Gut/Rajower/Sonnenmoser, PJA 1998, p. 531 s. ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265a LP N 6 ; ne tranche pas : ATF 139 III 498, consid. 2.4, JdT 2015 II 311. Cf. pour la pratique similaire dans le canton de Thurgovie : Spahr, BlSchK 2004, p. 126. Cf. pour les autres pratiques cantonales : Krampf, Plädoyer 6/2013, p. 73.

176. ATF 124 III 379, consid. 3b, JdT 1999 II 126 ; KGer GR, KSK 23 27, arrêt du 25.4.2023, consid. 1.4.1 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 26 ; critiques : AS BE, arrêt du 16.4.1999, consid. 2, BlSchK 2003, p. 96 ; TC SG, arrêt du 25.11.2002, consid. 1, GVP 2002, p. 243 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 16 ; Gilliéron, Commentaire, art. 265a LP N 12.

14 Il peut être porté **plainte** au sens de l'art. 17 LP lorsque l'office refuse ou tarde à transmettre l'opposition pour non-retour à meilleure fortune au juge, fût-ce à cause de motifs liés à la recevabilité de l'opposition ou de l'exception de non-retour à meilleure fortune elle-même.[178] L'absence de décision de l'office quant à la validité formelle de l'opposition sans transmission au juge constitue un déni de justice susceptible de plainte (art. 17 al. 3 LP).[179]

15 Est **annulable**, mais pas nulle, la décision de l'office qui indiquerait au débiteur les voies de recours qui lui appartiennent en mentionnant, à tort, la possibilité de se prévaloir du non-retour à meilleure fortune auprès du juge (au lieu d'une transmission d'office ; N. 12). Le débiteur est tenu de réagir dans un tel cas, à défaut de quoi la possibilité de saisir le juge au sens de l'art. 265a al. 1 LP est périmée.[180]

16 L'**autorité de surveillance** est compétente pour examiner, sur plainte, si l'opposition est valable sur le plan formel (N. 3, N. 7 et N. 12).[181]

C. Décision judiciaire sur la recevabilité de l'opposition (art. 265a al. 1–3 LP)

1. Aspects procéduraux

17 Le juge examine la recevabilité de l'opposition après avoir entendu les parties oralement ou par écrit (art. 265a al. 1 LP ; art. 252 s. CPC).[182] Il statue définitivement sur l'ensemble des aspects en lien avec l'exception de non-retour à meilleure fortune, y compris sur les questions de recevabilité formelle

177. ATF 130 III 678, consid. 2.1, JdT 2006 II 127 ; ATF 124 III 379, consid. 3b, JdT 1999 II 126 ; TC FR, 102 2017 350, arrêt du 26.6.2018, consid. 3.2 ; TC VD, CPF 21.9.2016/294, arrêt du 21.9.2016, consid. I.b ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 17 ; Junker, p. 586 s. ; Gut/Rajower/Sonnenmoser, PJA 1998, p. 531 ; Krampf, Plädoyer 6/2013, p. 72 s. ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265a LP N 5 ; Rüetschi, N 676 ; *contra* : Jeandin, SJ 1998, p. 290 ; Vock/Meister-Müller, p. 104.
178. ATF 130 III 678, consid. 2.2, JdT 2006 II 127 ; ATF 124 III 379, consid. 3b, JdT 1999 II 126 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 20 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 14 ; Jeandin, SJ 1997, p. 290 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265a LP N 2 ; Muster, BlSchK 2013, p. 13 ; Vock/Meister-Müller, p. 104.
179. AS SH, arrêt du 7.9.2001, consid. 1b, BlSchK 2002, p. 45 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 14.
180. ATF 130 III 678, consid. 2.2, JdT 2006 II 127 ; Krampf, Plädoyer 6/2013, p. 73 ; Muster, BlSchK 2013, p. 13.
181. ATF 140 III 567, consid. 2.1, JdT 2015 II 166 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 31c ; Gilliéron, Commentaire, art. 265a LP N 15.

déjà examinées par l'office (N. 12 et N. 23).[183] La **procédure sommaire** s'applique (art. 251 let. d CPC).[184] Il n'y a pas de conciliation préalable (art. 198 let. a CPC).[185]

La **compétence à raison du lieu** du juge du for de la poursuite est impérative et expressément réservée par l'art. 46 CPC en lien avec l'art. 265a al. 1 LP.[186] Le for de la poursuite se détermine selon les art. 46 ss LP et est susceptible de changer en cours de procédure si le créancier a connaissance du déménagement du débiteur ex-failli (art. 53 *a contrario* LP).[187] Le droit cantonal détermine la **compétence matérielle** (art. 4 CPC).[188] L'identité du type de procédures étant donnée, le créancier peut obtenir la mainlevée de l'opposition contre la créance elle-même dans la même procédure (N. 39 ss) à condition que la compétence matérielle du juge de la décision sur opposition soit la même que celui de la mainlevée.[189] Il s'agit d'un cumul d'actions au sens de l'art. 90 CPC. Une jonction de causes est également possible au cas où la procédure de mainlevée est déjà pendante (art. 125 let. c CPC ; N. 38 ss).[190] 18

182. Message 1991, p. 183 ; TF 5A_167/2010, arrêt du 27.4.2010, consid. 3.1 s. ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 18b ; Gut/Rajower/Sonnenmoser, PJA 1998, p. 533 ; Krampf, Plädoyer 6/2013, p. 73 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265a LP N 7. Cf. pour la pratique zurichoise de décider sur la base du dossier en cas de défaut de comparution à l'audience des deux parties : OGer ZH, PS180013, arrêt du 19.3.2018, consid. 4.3.2, CAN 2018, p. 148 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 26a. Cf. ég. OFK, Kren Kostkiewicz, art. 265a LP N 12. Cf. en faveur de la convocation d'une audience dans tous les cas : Peter, p. 172 ; *contra* : Muster, BlSchK 2013, p. 11.
183. TF 5D_194/2016, arrêt du 5.4.2017, consid. 2.1 ; TC FR, 102 2024 49, arrêt du 16.4.2024, consid. 2.1 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 26 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 17 ; Stoffel/Chabloz, § 11 N 149.
184. ATF 139 III 498, consid. 2.1, JdT 2015 II 311 ; TF 5A_464/2021, 15.3.2022, consid. 3.3 ; TF 5D_194/2016, arrêt du 5.4.2017, consid. 2.1 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 17 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 16 ; Krampf, Plädoyer 6/2013, p. 73 ; Martin, BlSchK 2025, p. 83 ; OFK, Kren Kostkiewicz, art. 265a LP N 18 ; Stoffel/Chabloz, § 11 N 149.
185. BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 18b ; Krampf, Plädoyer 6/2013, p. 73 ; Kren Kostkiewicz/Milani, p. 84 ; Vock/Meister-Müller, p. 109.
186. BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 18 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 15 ; Gilliéron, Commentaire, art. 265a LP N 16 ; Gut/Rajower/Sonnenmoser, PJA 1998, p. 532 ; Krampf, Plädoyer 6/2013, p. 73 ; Kren Kostkiewicz/Milani, p. 85 ; Muster, BlSchK 2013, p. 11 ; Peter, p. 172 ; Vock/Meister-Müller, p. 108 s.
187. Gut/Rajower/Sonnenmoser, PJA 1998, p. 532.
188. BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 18a ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 15 ; Gut/Rajower/Sonnenmoser, PJA 1998, p. 532 ; Kren Kostkiewicz/Milani, p. 85 ; Vock/Meister-Müller, p. 109.
189. ATF 140 III 567, consid. 2.1, JdT 2015 II 166 ; TF 5A_487/2014, arrêt du 27.10.2014, consid. 2.1 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 33 ; Vock/Meister-Müller, p. 105.

19 L'**avance de frais** est prestée par le débiteur ex-failli,[191] sous réserve de l'assistance judiciaire (art. 117 ss CPC).[192] Le débiteur assume le rôle de demandeur au sens de l'art. 98 CPC étant donné que son opposition pour non-retour à meilleure fortune entraîne d'office la saisine du juge (N. 12).[193] L'avance de frais peut porter sur la totalité des frais judiciaires présumés (art. 98 al. 2 let. c CPC).[194] L'art. 48 OELP s'applique pour fixer les frais de justice. Les décisions relatives aux avances de frais peuvent faire l'objet d'un recours au sens strict dans les dix jours (art. 103 CPC en lien avec les art. 319 let. b ch. 1 et 321 al. 2 CPC).[195] Le Tribunal fédéral a jugé qu'il n'est pas arbitraire de répartir les frais proportionnellement entre le débiteur et le créancier sur la base de motifs objectifs (par exemple pour tenir compte de la difficulté éprouvée par le créancier à apprécier la situation financière du débiteur lors de l'introduction de la poursuite et du refus de collaboration du débiteur ou pour tirer les conséquences de l'absence de réduction des conclusions du créancier après la prise de connaissance des pièces produites par le débiteur ; cf. N. 22 pour la contestation de la décision sur les frais).[196] Une spécificité existe dans le canton de Vaud. Selon le ch. 2 de la circulaire du Tribunal cantonal vaudois n° 34 du 22 avril 2014, le juge renonce systématiquement à requérir une avance de frais dans ce canton.[197] Cette circulaire semble contraire à l'art. 98 CPC, car la question de savoir si et dans quelle mesure une

190. BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 33 ; Spühler/Dolge, N 430 ; Vock/Meister-Müller, p. 105.
191. ATF 139 III 498, consid. 2.2.4.–2.3, JdT 2015 II 311 ; TF 5A_295/2013, arrêt du 17.10.2013, consid. 2 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 21 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 18 ; Kren Kostkiewicz/Milani, p. 86 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265a LP N 7a ; OFK, Kren Kostkiewicz, art. 265a LP N 15 et 19 ; Peter, RSJ 2015, p. 397 ; Stoffel/Chabloz, § 11 N 149 ; Studer/Zöbeli, p. 180.
192. BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 22 ; Kren Kostkiewicz/Milani, p. 89 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265a LP N 7b. En faveur d'un plafonnement de l'assistance judiciaire dans une telle procédure : Probst, BlSchK 2023, p. 187. Cf. ég. ATF 118 III 27 ; ATF 118 III 33.
193. ATF 139 III 498, consid. 2.2.4, JdT 2015 II 311 ; TF 5D_194/2016, arrêt du 5.4.2017, consid. 2.1 ; KGer GR, KSK 23 27, arrêt du 25.4.2023, consid. 1.4.2 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 21 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 18 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265a LP N 7a ; Kren Kostkiewicz, N 2053 ; Kren Kostkiewicz/Milani, p. 87 s. ; Marchand/Hari, N 733 ; OFK, Kren Kostkiewicz, art. 265a LP N 15 ; Stoffel/Chabloz, § 11 N 149 ; Studer/Zöbeli, p. 180.
194. Message 2020, p. 2650 ; ATF 139 III 498, consid. 2.1, JdT 2015 II 311.
195. OGer ZH, PS160121, arrêt du 11.7.2016, consid. II.3.1 ; TC VS, arrêt du 20.9.2012, consid. 1, RSV 2013, p. 198 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 21 et 37c ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 18.
196. TF 5D_15/2013, arrêt du 5.2.2013, consid. 4.3.3 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 37b.
197. <https://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/themes/etat_droit/justice/fichiers_pdf/TC_034_NRMF.pdf> (consulté le 11.2.2025) ; Neuenschwander, BlSchK 2023, p. 86.

avance de frais peut être requise est à examiner par le juge dans chaque cas d'espèce et relève de son pouvoir d'appréciation.

La preuve est rapportée par titres (art. 254 al. 1 CPC).[198] D'autres moyens de preuves sont admissibles aux conditions de l'art. 254 al. 2 CPC. Le débiteur ex-failli supporte le fardeau de la preuve. Il doit exposer ouvertement l'état de ses revenus et de sa situation financière et rendre **vraisemblable** qu'il n'est pas revenu à meilleure fortune (art. 265a al. 2 LP ; art. 265 LP N. 28 pour le moment déterminant).[199] Le débiteur ex-failli devra fournir des indices concrets de l'inexistence de son retour à meilleure fortune en produisant par exemple des extraits de compte, des certificats de salaire, des contrats (contrat de bail, contrat de travail, etc.), un jugement le condamnant à payer des pensions, des budgets, des déclarations et taxations fiscales, etc.[200] Il produira aussi toutes les pièces permettant de distinguer sa fortune des biens dont il dispose économiquement et qui appartiennent à un tiers (art. 265a al 3 LP ; N. 32 ss ; art. 265 LP N. 31 ss).[201] La question de savoir si la maxime inquisitoire s'applique est controversée (art. 255 let. a CPC).[202] A mon avis, c'est le cas. Bien que l'initiative de la poursuite émane de lui, le créancier a le 20

198. ATF 131 I 24, consid. 2.1 ; TF 5A_464/2021, 15.3.2022, consid. 3.3 ; TF 5D_194/2016, arrêt du 5.4.2017, consid. 2.1 ; OGer ZH, PS170031, arrêt du 22.3.2017, consid. 3.2, ZR 2017, p. 190 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 24 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 16 ; Jeandin, SJ 1997, p. 288 ; Kren Kostkiewicz, N 2057 ; Kren Kostkiewicz/Milani, p. 85 ; Krampf, Plädoyer 6/2013, p. 73 *i.f.* ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265a LP N 7 ; Muster, BlSchK 2013, p. 11 ; OFK, Kren Kostkiewicz, art. 265a LP N 18 ; SK, Schober, art. 265a LP N 4 ; Stoffel/Chabloz, § 11 N 149 ; Vock/Meister-Müller, p. 112.

199. Message 1991, p. 183 s. ; ATF 139 III 498, consid. 2.2.4, JdT 2015 II 311 ; ATF 131 I 24, consid. 2.1 ; TF 5A_464/2021, 15.3.2022, consid. 3.3 ; TF 5D_98/2018, arrêt du 8.2.2019, consid. 2.1 ; TF 5D_194/2016, arrêt du 5.4.2017, consid. 2.1 ; KGer GR, KSK 23 27, arrêt du 25.4.2023, consid. 1.4.2 ; KGer BL, 410 20 56, arrêt du 5.5.2020, consid. 2.1 ; Amonn/Walther, § 48 N 41 ; Brönnimann, RDS 1996 I 228 s. ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 23 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 16 et 19 ; Gasser, RJB 1996, p. 18 s. ; Gilliéron, Commentaire, art. 265a LP N 18 ; Gut/Rajower/Sonnenmoser, PJA 1998, p. 529 ; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Commentaire, art. 265a LP N 3 ; Junker, p. 587 s. ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265a LP N 7 ; Krampf, Plädoyer 6/2013, p. 73 *i.f.* ; Kren Kostkiewicz, N 2045 et 2054 ; Kren Kostkiewicz/Milani, p. 83 ; Muster, BlSchK 2013, p. 11 ; OFK, Kren Kostkiewicz, art. 265a LP N 15 et 17 ; Peter, p. 172 ; Spahr, BlSchK 2004, p. 130 s. ; SK, Schober, art. 265a LP N 4 ; Stoffel/Chabloz, § 11 N 149 ; Vock/Meister-Müller, p. 111 s.

200. TF 5D_98/2018, arrêt du 8.2.2019, consid. 2.1 ; TF 5D_194/2016, arrêt du 5.4.2017, consid. 2.1 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 23 s. ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 19 ; Jeandin, SJ 1997, p. 288 ; Kren Kostkiewicz, N 2054 ; Kren Kostkiewicz/Milani, p. 83 et 85.

201. CR, Jeandin, art. 265a LP N 19 ; Jeandin, SJ 1997, p. 288.

rôle du défendeur (ou d'intimé). Dans la mesure du possible, il produira toutes les pièces permettant de démontrer, sous l'angle de la vraisemblance, l'existence d'une nouvelle fortune du débiteur ex-failli et/ou de valeurs dont ce dernier dispose économiquement.[203]

21 La procédure d'opposition a pour **but** de répartir le rôle des parties dans une éventuelle action constatatoire subséquente (art. 265a al. 4 LP ; N 26 ss), de permettre au créancier d'évaluer les chances de succès d'une telle action après examen des pièces produites par le débiteur (comp. : N. 3) et de servir le principe d'économie de procédure en évitant un procès ordinaire si les parties y renoncent.[204]

2. Décision et absence de voie de droit

22 Le juge déclare l'opposition **recevable** s'il considère que le débiteur n'est pas revenu à meilleure fortune (art. 265a al. 2 LP).[205] Il déclare en revanche l'opposition **irrecevable** s'il constate l'existence d'une meilleure fortune et détermine, cas échéant, pour quel montant global le débiteur est revenu à meilleure fortune (art. 265a al. 2, 1ère phr. LP ; art. 265 LP N. 25 ss).[206] Dans ce dernier cas, la saisie sera effectuée par l'office conformément aux art. 92 ss LP.[207] La partie de la décision concernant les frais et dépens ainsi que leur répartition est susceptible de recours au sens strict dans les dix jours (art. 110,

202. *Pro* : Muster, BlSchK 2013, p. 11 ; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Commentaire, art. 265a LP N 3 (avant l'entrée en vigueur du CPC) ; Stoffel/Chabloz, § 11 N 149 ; *contra* : Bohnet, § 81 N 10 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 23 *i.f.* ; Kren Kostkiewicz/Milani, p. 84.

203. BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 25 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 19 ; Jeandin, SJ 1997, p. 288. Cf. TF 5D_112/2013, arrêt du 15.8.2013, consid. 3.1 pour le délai suffisamment long à impartir au créancier pour se déterminer.

204. Message 1991, p. 184 ; Bohnet, § 81 N 7.

205. TF 4A_480/2017, arrêt du 2.8.2017, consid. 4.2.2 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 27 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 20 ; Gut/Rajower/Sonnenmoser, PJA 1998, p. 534 ; Kren Kostkiewicz/Milani, p. 90 ; Krampf, Plädoyer 6/2013, p. 74 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265a LP N 7c ; Peter, p. 172 ; Stoffel/Chabloz, § 11 N 149.

206. Message 1991, p. 184 ; TF 4A_480/2017, arrêt du 2.8.2017, consid. 4.2.2 ; Brönnimann, RDS 1996 I 229 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 28 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 20 ; Gut/Rajower/Sonnenmoser, PJA 1998, p. 534 ; Jeandin, SJ 1997, p. 289 ; Krampf, Plädoyer 6/2013, p. 74 ; Kren Kostkiewicz/Milani, p. 91 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265a LP N 7 et 7c ; Peter, p. 172 ; Stoffel/Chabloz, § 11 N 149.

207. ATF 136 III 51, consid. 3.2 ; ATF 99 Ia 19, consid. 3.c ; TF 5A_21/2010, arrêt du 19.4.2010, consid. 5 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 28 ; Muster, BlSchK 2013, p. 16 s. ; OFK, Kren Kostkiewicz, art. 265a LP N 20.

319 let. b ch. 1 et 321 al. 2 CPC).[208] Dans la plupart des cas, ce recours est suivi d'un recours constitutionnel subsidiaire au Tribunal fédéral dans les trente jours (art. 113 ss LTF), les frais d'une procédure sommaire n'atteignant en général pas la valeur litigieuse de CHF 30'000.- ouvrant la voie d'un recours en matière civile (art. 74 al. 1 let. b LTF ; N. 19).[209]

Outre la question des frais et des dépens, la décision matérielle de première instance sur l'existence du retour à meilleure fortune n'est sujette à **aucun recours au niveau cantonal** (art. 265a al. 1, 2e phr. LP).[210] L'art. 265a al. 1 LP est une norme spéciale qui déroge au principe de la double instance et à l'exigence d'un tribunal supérieur de l'art. 75 al. 2 LTF.[211] La décision ainsi rendue n'est en principe pas attaquable par un recours en matière civile au Tribunal fédéral (cf. cep. N. 24 pour l'exception développée en présence de vices formels). Pour la remettre en cause et notamment attaquer une fausse application du droit des poursuites, la partie succombante devra intenter une **action constatatoire** prévue à l'art. 265a al. 4 LP (N. 26 ss).[212] Cette action est à mentionner dans l'indication des voies de droit au pied de la décision 23

208. ATF 138 III 130, consid. 2.2 ; TF 5D_69/2019, arrêt du 27.3.2019, consid. 2 ; TF 5A_449/2018, arrêt du 14.3.2019, consid. 1.3 ; TF 5D_98/2018, arrêt du 8.2.2019, consid. 1.3 ; TF 5A_150/2017, arrêt du 27.11.2017, consid. 2.2.1 ; TF 5D_194/2016, arrêt du 5.4.2017, consid. 1.1 ; OGer ZH, PS200160, arrêt du 26.8.2020, consid. II.3.1 ; OGer ZH, PS190113, arrêt du 2.8.2019, consid. 5b ; OGer ZH, PS170071, arrêt du 23.3.2017, consid. 2.2 ; Amonn/Walther, § 48 N 43 ; Bovey, Commentaire de la LTF, art. 75 LTF N 30 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 31b et 37c ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 21 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265a LP N 8 ; Muster, BlSchK 2013, p. 14 ; OFK, Kren Kostkiewicz, art. 265a LP N 14 ; Stoffel/Chabloz, § 11 N 151 ; Vock/Meister-Müller, p. 114.

209. TF 5A_150/2017, arrêt du 27.11.2017, consid. 2.2.1 ; TF 5D_15/2013, arrêt du 5.2.2013, consid. 3.1 ; Amonn/Walther, § 48 N 43 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 37c ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 21.

210. Message 1991, p. 183 ; ATF 138 III 130, consid. 2.2 ; ATF 138 III 44, consid. 1.3 ; ATF 134 III 524, consid. 1, JdT 2008 II 90 ; ATF 131 I 24, consid. 2.2 ; ATF 126 III 110, consid. 1b, JdT 2000 II 74 ; TF 5D_74/2019, arrêt du 29.5.2019, consid. 1.1 ; TF 5A_46/2018, arrêt du 4.3.2019, consid. 2.2 ; TF 5D_194/2016, arrêt du 5.4.2017, consid. 1.1 ; TC FR, 102 2024 49, arrêt du 16.4.2024, consid. 2.1 ; OGer ZH, PS200160, arrêt du 26.8.2020, consid. II.3.1 et II.4 ; Bovey, Commentaire de la LTF, art. 75 LTF N 11 ; Brönnimann, RDS 1996 I 230 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 31 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 21 ; Gilliéron, Commentaire, art. 265a LP N 19 ; Gut/Rajower/Sonnenmoser, PJA 1998, p. 535 ; Krampf, Plädoyer 6/2013, p. 74 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265a LP N 8 ; OFK, Kren Kostkiewicz, art. 265a LP N 4 et 13 ; Stoffel/Chabloz, § 11 N 151 ; Studer/Zöbeli, p. 180.

211. ATF 138 III 44, consid. 1.3 ; ATF 134 III 524, consid. 1.1–1.4, JdT 2008 II 90 (pour l'ancienne teneur de l'art. 265a al. 1 LP) ; TF 4A_281/2012, arrêt du 22.3.2013, consid. 1.2 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 21a ; Kren Kostkiewicz, N 2047 ; Muster, BlSchK 2013, p. 14.

rendue en application de l'art. 265a al. 1 LP,[213] celle-ci ayant le rôle de voie de réexamen de la décision sur opposition.[214]

24 Le Tribunal fédéral a cependant développé une **exception** en cas de violation des règles procédurales ne pouvant pas être invoquée dans une action fondée sur l'art. 265a al. 4 LP, telle qu'une violation du **droit d'être entendu** du recourant (art. 29 al. 2 Cst. ; art. 53 CPC). Ce vice de nature formelle, invocable indépendamment de son incidence sur le sort de la procédure, ouvre la voie du recours en matière de droit civil au Tribunal fédéral (art. 72 al. 2 let. a et 75 al. 1 LTF) ou du recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 LTF) si la valeur litigieuse – qui correspond au montant de la poursuite – n'atteint pas CHF 30'000.- (art. 74 al. 1 let. b LTF).[215] Dans ce dernier cas, la jurisprudence considère, en dérogeant à l'exigence de la double instance cantonale (art. 75 al. 1 LTF ; N. 23),[216] que le recours est recevable pour

212. Message 1991, p. 183 ; ATF 141 III 188, consid. 4.2 ; ATF 134 III 524, consid. 1.2, JdT 2008 II 90 ; TF 5D_69/2019, arrêt du 27.3.2019, consid. 2 ; TF 5D_194/2016, arrêt du 5.4.2017, consid. 1.2 ; TC FR, 102 2024 49, arrêt du 16.4.2024, consid. 2.1 ; OGer ZH, PS200160, arrêt du 26.8.2020, consid. II.4 ; OGer ZH, PS170031, arrêt du 22.3.2017, consid. 3.2, ZR 2017, p. 190 ; Brönnimann, RDS 1996 I 230 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 31 ; Gilliéron, Commentaire, art. 265a LP N 19 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265a LP N 8 ; Kren Kostkiewicz, N 2058 ; Krampf, Plädoyer 6/2013, p. 74 ; Muster, BlSchK 2013, p. 13 ; OFK, Kren Kostkiewicz, art. 265a LP N 13 et 22. Les conditions de recevabilité formelles telles que l'existence d'une faillite préalable et la naissance de la créance déduite en poursuite avant l'ouverture de la faillite seront aussi examinées dans le cadre de l'action de l'art. 265a al. 4 LP : KGer GR, KSK 23 27, arrêt du 25.4.2023, consid. 1.4.1 ; OGer ZH, PS170031, arrêt du 22.3.2017, consid. 3.2, ZR 2017, p. 190 ; OGer ZH, PS200094, arrêt du 16.6.2020, consid. I.3.1 s. ; OGer ZH, PS190113, arrêt du 2.8.2019, consid. 5b ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 31 *i.f.*

213. TF 5D_69/2019, arrêt du 27.3.2019, consid. 2 ; OGer ZH, PS200160, arrêt du 26.8.2020, consid. II.4 ; OGer ZH, PS200094, arrêt du 16.6.2020, consid. II.4.

214. ATF 134 III 524, consid. 1.3, JdT 2008 II 90 ; ATF 131 I 24, consid. 2.2 et 2.4 ; TC FR, 102 2024 49, arrêt du 16.4.2024, consid. 2.1 ; Muster, BlSchK 2013, p. 14.

215. ATF 138 III 44, consid. 1.3 ; ATF 134 III 524, consid. 1.3, JdT 2008 II 90 ; ATF 126 III 110, consid. 1b, JdT 2000 II 74 ; TF 5D_69/2019, arrêt du 27.3.2019, consid. 2 ; TF 5D_74/2019, arrêt du 29.5.2019, consid. 1.1 ; TF 5D_153/2011, arrêt du 21.11.2011, consid. 2, non publié aux ATF 138 III 44 ; OGer ZH, PS230112, arrêt du 24.7.2023, consid. 3.3 ; OGer ZH, PS190113, arrêt du 2.8.2019, consid. 5b ; KGer BL, 410 20 6, arrêt du 24.3.2020, consid. 1.2 ; Amonn/Walther, § 48 N 43 ; Bovey, Commentaire de la LTF, art. 75 LTF N 30 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 31a ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 21a ; Kren Kostkiewicz, N 2047 ; Kren Kostkiewicz/Milani, p. 90 ; OFK, Kren Kostkiewicz, art. 265a LP N 13 ; Spühler/Dolge, N 422 ; Vock/Meister-Müller, p. 114.

216. ATF 138 III 44, consid. 1.3 ; TF 5D_112/2013, arrêt du 15.8.2013, consid. 1 ; Bovey, Commentaire de la LTF, art. 75 LTF N 30 ; Stoffel/Chabloz, § 11 N 151.

violation du droit fédéral (art. 95 let. a LTF) ou pour violation des droits constitutionnels dans le cas d'un recours constitutionnel subsidiaire (art. 116 LTF).[217] Jusqu'à présent, le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si un tel recours est ouvert pour la violation d'autres garanties procédurales comme le droit à un tribunal impartial et indépendant (art. 29 al. 1 Cst. ; N. 28).[218]

Lorsque le juge **n'entre pas en matière** et ne se prononce pas sur la recevabilité de l'opposition pour non-retour à meilleure fortune (par exemple à défaut pour le débiteur d'avoir produit la décision de faillite personnelle [non accessible dans un registre public] ; N. 13), la doctrine et la jurisprudence cantonale appliquent par analogie l'art. 309 let. b CPC et considèrent que la voie du recours au sens strict intenté dans les dix jours (art. 319 ss CPC) est ouverte contre la décision d'irrecevabilité de l'exception rendue en procédure sommaire.[219] Même si la question n'a pas encore été tranchée par le Tribunal fédéral, cette approche convainc : seules les décisions au fond qui se prononcent sur des questions matérielles de droit des poursuites étant privées de recours cantonal (N. 23).[220] L'articulation des voies de droit étant obscure et les pratiques cantonales potentiellement contradictoires, le plaideur prudent serait bien inspiré d'intenter, dans un tel cas, aussi bien un recours (dans le délai de dix jours ; art. 321 al. 2 CPC) qu'une action constatatoire dans le délai de l'art. 265a al. 4 LP (N. 26).[221] 25

217. ATF 138 III 44, consid. 1.3 ; ATF 134 III 524, consid. 1.1–1.4, JdT 2008 II 90 ; TF 5D_74/2019, arrêt du 29.5.2019, consid. 1.1 ; TF 5D_98/2018, arrêt du 8.2.2019, consid. 1.2 et 1.4 ; TF 5A_449/2018, arrêt du 14.3.2019, consid. 1.2 ; TF 5D_194/2016, arrêt du 5.4.2017, consid. 1.1 ; TF 5D_112/2013, arrêt 15.8.2013, consid. 2 ; TF 5D_153/2011, arrêt du 21.11.2011, consid. 1.3 et 2 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 31a ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 21a ; Muster, BlSchK 2013, p. 14 ; OFK, Kren Kostkiewicz, art. 265a LP N 13. Cf. pour une critique : CR, Jeandin, art. 265a LP N 21a *i.f.*

218. TF 5D_69/2019, arrêt du 27.3.2019, consid. 2 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 31a. En faveur d'un tel recours : KGer BL, 410 19 68, arrêt du 21.5.2019, consid. 1.

219. KGer GR, KSK 23 27, arrêt du 25.4.2023, consid. 1.4.3 ; OGer TG, ZBS.2022.11, arrêt du 21.6.2022, consid. 3b, RBOG 2022, p. 125 ; OGer ZH, PS170090, arrêt du 18.5.2017, consid. 2.1 ; KGer BL, 410 20 56, arrêt du 5.5.2020, consid. 1.2 ; TC FR, 102 2017 350, arrêt du 26.6.2018, consid. 1 ; OGer TG, RBOG 2011 148, arrêt du 31.8.2011, consid 2–4, BlSchK 2013, p. 161 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 31b ; *contra* : OGer ZH, PS210069, arrêt du 10.5.2021, consid. 3.3 ; OGer ZH, PS170031, arrêt du 22.3.2017, consid. 3.2, ZR 2017, p. 190 ; Engler, BlSchK 2023, p. 122–123 et la référence citée.

220. TC FR, 102 2017 350, arrêt du 26.6.2018, consid. 1.2.

D. Action constatatoire (art. 265a al. 4 LP)

1. Aspects procéduraux

26 S'il succombe à l'issue de la procédure prescrite par l'art. 265a al. 1 LP, le débiteur ou le créancier peut intenter une **action au fond** en constatation du non-retour ou du retour à meilleure fortune devant le juge du for de la poursuite dans les **vingt jours** à compter de la notification de la décision sur opposition (N. 22 ss).[222] Depuis l'entrée en vigueur de la révision du CPC, le 1er janvier 2025, l'art. 145 al. 4 CPC prévoit que les dispositions du CPC sur la suspension des délais s'appliquent à toutes les actions relevant de la LP à déposer devant un juge.[223] En cas de décision non motivée, le *dies a quo* du délai de vingt jours court dès le jour de la notification du dispositif au sens de l'art. 239 al. 1 CPC.[224]

27 L'action en constatation est positive lorsqu'elle émane du créancier.[225] Elle est négative lorsqu'elle émane du débiteur ex-failli.[226] L'action porte sur une procédure de **pur droit des poursuites** et constitue un incident du droit de la poursuite visant à déterminer si le créancier peut ou non continuer la poursuite (N. 38 ss).[227] L'objet du litige est circonscrit par les conclusions du

221. Cf. Muster, BlSchK 2013, p. 15 pour l'application de l'art. 63 CPC si le recours s'avère irrecevable et que le demandeur n'a pas encore introduit l'action constatatoire. Cf. ég. Bohnet, § 81 N 29, qui précise que l'art. 143 al. 1bis CPC entré en vigueur le 1er janvier 2025 prévoit que les actes déposés dans les délais mais adressés par erreur à un tribunal suisse incompétent sont réputés remis en temps utile.
222. Message 1991, p. 184 ; ATF 131 I 24, consid. 2.1 ; TF 4A_480/2017, arrêt du 2.8.2017, consid. 4.2.2 ; OGer ZH, PS210217, arrêt du 2.9.2022, consid. II.2.2.2 ; OGer ZH, PS200160, arrêt du 26.8.2020, consid. II.4 ; OGer BE, ZK 14 387, arrêt du 18.12.2014, consid. 3.5 ; Bohnet, § 81 N 27 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 31 et 38 s. ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 33 ; Gilliéron, Commentaire, art. 265a LP N 27 ; Jeandin, SJ 1997, p. 291 ; Kren Kostkiewicz, N 2058 ; Marchand/Hari, N 734 ; Peter, p. 172 ; Stoffel/Chabloz, § 11 N 152 ; Spühler/Dolge, N 423.
223. Bohnet, § 81 N 28 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265a LP N 11a.
224. OGer ZH, PS210218, arrêt du 2.9.2022, consid. II.3 ; Engler, BlSchK 2023, p. 123 ; *contra* : Vock/Meister-Müller, p. 110. Cf. TF 4A_61/2023, arrêt du 25.6.2024, consid. 4 pour une solution identique s'agissant du point de départ du délai de vingt jours pour intenter l'action en libération de dette (art. 83 al. 2 LP) en cas de notification de la décision de mainlevée provisoire sans motivation écrite.
225. Amonn/Walther, § 48 N 44 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 40 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 34a ; Gasser, RJB 1996, p. 19 ; Kren Kostkiewicz/Milani, p. 90.
226. Amonn/Walther, § 48 N 44 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 40 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 34a ; Gasser, RJB 1996, p. 19 ; Kren Kostkiewicz/Milani, p. 91.

demandeur.[228] Il peut porter sur l'existence et la détermination d'une nouvelle fortune et/ou la prise en compte ainsi que la saisissabilité de biens dont le débiteur dispose économiquement (N. 32).[229]

La **compétence à raison du lieu** est impérative (art. 265a al. 4 LP *cum* art. 46 CPC).[230] Se fondant sur l'art. 53 *a contrario* LP, Bohnet admet un changement de for en cours de poursuite si le créancier a connaissance du changement de domicile du débiteur (cf. ég. N. 18).[231] La **compétence matérielle** est déterminée par le droit cantonal (art. 4 CPC).[232] Le magistrat qui a déclaré l'opposition pour non-retour à meilleure fortune recevable ne doit pas être le même que celui de l'action constatatoire intentée par le débiteur (interdiction de « l'union personnelle »). Selon la jurisprudence, un tel cumul de fonctions contrevient à la garantie d'un tribunal impartial (art. 30 al. 1 Cst., art. 6 § 1 CEDH ; N. 24).[233] 28

En fonction de la valeur litigieuse, l'action est soumise à la **procédure** ordinaire (art. 219 ss CPC) ou simplifiée (art. 243 ss CPC). La valeur litigieuse correspond au montant sur lequel porte la constatation requise, soit au montant de la créance déduite en poursuite en cas d'action constatatoire positive (N. 27).[234] Bien que ce cas soit assez théorique, la procédure 29

227. ATF 143 III 149, consid. 2.4, JdT 2018 II 295 ; ATF 131 I 24, consid. 2.3 ; TF 5A_834/2015, arrêt du 20.1.2017, consid. 2.4 ; TF 5A_283/2007, arrêt du 15.10.2007, consid. 1.2 ; Amonn/Walther, § 48 N 44 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 34 ; Gasser, RJB 1996, p. 19 ; Gilliéron, Commentaire, art. 265a LP N 33 ; Kren Kostkiewicz, N 2058 ; Martin, BlSchK 2025, p. 83 ; OFK, Kren Kostkiewicz, art. 265a LP N 25 ; Spühler/Dolge, N 423.
228. TC VS, C1 13 258, arrêt du 30.1.2015, consid. 4.2, RVJ 2015, p. 294 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 34a ; Gut/Rajower/Sonnenmoser, PJA 1998, p. 537. Pour des exemples de conclusions : Vock/Meister-Müller, p. 109.
229. TC VS, C1 13 258, arrêt du 30.1.2015, consid. 4.2, RVJ 2015, p. 294 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 42 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 34a ; Jeandin, SJ 1997, p. 292.
230. BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 39 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 34 ; Gilliéron, Commentaire, art. 265a LP N 29 ; Vock/Meister-Müller, p. 108 s.
231. Bohnet, § 81 N 17.
232. BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 39 ; Muster, BlSchK 2013, p. 10 ; Muster, JdT 2011 II 79 ; Vock/Meister-Müller, p. 109.
233. ATF 131 I 24, consid. 2.4–2.5 ; TF 1P.512/2004, arrêt du 6.1.2005, consid. 2.2 ; OGer ZH, PS200094, arrêt du 16.6.2020, consid. II.3.1 ; TC VS, C1 13 258, arrêt du 30.1.2015, consid. 4.2, RVJ 2015, p. 294 ; Amonn/Walther, § 48 N 44 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 40a ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 35 ; Muster, BlSchK 2013, p. 10 ; OFK, Kren Kostkewicz, art. 265a LP N 24 ; Gilliéron, Commentaire, art. 265a LP N 29 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265a LP N 12 ; Marchand/Hari, N 734 ; Stoffel/Chabloz, § 11 N 152 ; Vock/Meister-Müller, p. 104.

sommaire peut s'appliquer si le demandeur en possession d'un moyen de preuve immédiatement disponible choisit la voie de la protection des cas clairs (art. 248 let. b et 257 CPC *cum* art. 254 CPC).[235] Quelle que soit la procédure applicable, une conciliation préalable est exclue par l'art. 198 let. e ch. 7 CPC.[236] Les parties peuvent obtenir l'assistance judiciaire si les conditions des art. 117 ss CPC sont remplies.[237] A mon avis, le débiteur a intérêt à requérir l'assistance judiciaire puisque ne pas le faire pourrait déjà être interprété comme un indice de son retour à meilleure fortune.

30 La maxime des débats s'applique (art. 55 al. 1 CPC et art. 255 *a contrario* CPC) sans restriction des moyens de preuve (comp : N. 20).[238] Le degré de la preuve est celui de la preuve strict (comp. : N. 20).[239] Indépendamment de son rôle dans le procès, le créancier a la **charge de la preuve** de l'existence d'une nouvelle fortune (art. 8 CC).[240] Il appartiendra au débiteur ex-failli d'alléguer les faits et d'apporter les moyens de preuve permettant de déterminer ses charges, le montant nécessaire pour mener une vie conforme à sa condition

234. ATF 143 III 149, consid. 2.4, JdT 2018 II 295 ; TC VD, CACI 21.2.2022/97, arrêt du 21.2.2022, consid. 1.1–1.2 ; TC VD, CACI 11.7.2019/400, arrêt du 11.7.2019, consid. 3.2.2 ; Amonn/Walther, § 48 N 44 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 39 et 43c ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 34 ; Kren Kostkiewicz, N 2058 ; Krampf, Plädoyer 6/2013, p. 74 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265a LP N 11 ; Muster, BlSchK 2013, p. 15 ; OFK, Kren Kostkiewicz, art. 265a LP N 25 ; Stoffel/Chabloz, § 11 N 152 ; Vock/Meister-Müller, p. 108 et 110.
235. Bohnet, § 81 N 8. Cf. ég. Marchand/Hari, N 734 *i.f.* qui soutiennent, à tort, que l'action de l'art. 265a al. 4 LP est instruite en procédure sommaire.
236. BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 39 ; Jeandin, art. 265a LP N 34 ; Kren Kostkiewicz, N 2060 ; Krampf, Plädoyer 6/2013, p. 74 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265a LP N 11 ; Muster, JdT 2011 II 81 ; Stoffel/Chabloz, § 11 N 152 ; Vock/Meister-Müller, p. 109.
237. ATF 141 III 369, consid. 4 ; TF 5A_251/2024, arrêt du 10.7.2024, consid. 2 ; TF 5A_157/2024, arrêt du 15.5.2024, consid. 3.1 ; TF 5A_126/2014, arrêt du 10.7.2014, consid. 1.1 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 22.
238. TC VD, CACI 11.7.2019/400, arrêt du 11.7.2019, consid. 3.2.2 ; Bohnet, § 81 N 10.
239. TC VS, C1 19 12, arrêt du 15.9.2021, consid. 3.2 ; TC VS, C1 13 258, arrêt du 30.1.2015, consid. 4.2, RVJ 2015, p. 294 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 34a ; Jeandin, SJ 1997, p. 292 ; Vock/Meister-Müller, p. 112.
240. ATF 131 I 24, consid. 2.1 ; TF 5A_21/2010, arrêt du 19.4.2010, consid. 2.3 ; TC VS, C1 19 12, arrêt du 15.9.2021, consid. 3.2 ; TC VD, CACI 21.2.2022/97, arrêt du 21.2.2022, consid. 3.2.2 ; OGer ZH, PS170031, arrêt du 22.3.2017, consid. 3.2, ZR 2017, p. 190 ; Brönnimann, RDS 1996 I 231 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 41 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 34a ; Gasser, RJB 1996, p. 19 ; Gut/Rajower/Sonnenmoser, PJA 1998, p. 537 ; Jeandin, SJ 1997, p. 291 s. ; Krampf, Plädoyer 6/2013, p. 74 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265a LP N 11 ; Marchand/Hari, N 734 ; Muster, BlSchK 2013, p. 15 ; OFK, Kren Kostkiewicz, art. 265a LP N 23 ; Stoffel/Chabloz, § 11 N 152 ; Vock/Meister-Müller, p. 111 s.

(art. 265 LP N 25) et l'inexistence d'une nouvelle fortune.[241] Il devra en tout état de cause collaborer à l'administration des preuves.[242] En cas de refus, l'art. 164 CPC s'applique et le juge pourra prendre en compte au moins le montant de base pour le calcul du minimum vital en y additionnant le supplément correspondant (art. 265 LP N 29 ; cf. art. 107 al. 1 let. f CPC pour la possibilité de répartir les frais en équité dans ce cas).[243]

31 La décision rendue à l'issue de l'action constatatoire au sens de l'art. 265a al. 4 LP est une décision finale selon l'art. 236 CPC.[244] Elle peut faire l'objet d'un **appel** si la valeur litigieuse de CHF 10'000.- est atteinte (art. 308 al. 2 CPC). La voie du **recours** au sens strict (art. 319 ss CPC) est ouverte pour une valeur litigieuse inférieure.[245] Les art. 142 ss, 311 al. 1 et 321 al. 1 CPC sont applicables, à l'exclusion des art. 56 ss LP, pour la computation et la suspension des délais (cf. ég. N. 26).[246] La décision de l'autorité cantonale supérieure rendue sur l'action constatatoire peut faire l'objet d'un recours en matière civile au **Tribunal fédéral** (art. 72 ss LTF).[247] Le recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 ss LTF) est ouvert si la valeur litigieuse minimale de CHF 30'000.- (art. 74 al. 1 LTF) n'est pas atteinte. Dans ce cas, les griefs du recourant sont limités à la violation des droits constitutionnels (art. 116 LTF).[248] Les délais de recours au Tribunal fédéral sont régis et calculés par la LTF.[249]

---

241. TF 5A_21/2010, arrêt du 19.4.2010, consid. 2.3 ; TF 5A_104/2010, arrêt du 28.4.2010, consid. 3.2.1 ; TC VS, C1 19 12, arrêt du 15.9.2021, consid. 3.2 ; TC VD, CACI 21.2.2022/97, arrêt du 21.2.2022, consid. 3.2.2 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 41 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 34a ; Jeandin, SJ 1997, p. 291 ss ; OFK, Kren Kostkiewicz, art. 265a LP N 23 ; Stoffel/Chabloz, § 11 N 152.
242. BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 41et 43a ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 34a.
243. TF 5A_104/2010, arrêt du 28.4.2010, consid. 3.2.1 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 41et 43a ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 34a ; OFK, Kren Kostkiewicz, art. 265a LP N 23.
244. CR, Jeandin, art. 265a LP N 36.
245. ATF 143 III 149, consid. 2, JdT 2018 II 295 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 50 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 36 ; Kren Kostkiewicz, N 2060 ; Krampf, Plädoyer 6/2013, p. 74 *i.f.* ; Spühler/Dolge, N 425 ; Vock/Meister-Müller, p. 114.
246. ATF 143 III 149, consid. 2.4.2, JdT 2018 II 295 ; TF 5A_834/2015, arrêt du 20.1.2017, consid. 2.4.2 ; Bohnet, § 81 N 28 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265a LP N 11a.
247. Bovey, Commentaire de la LTF, art. 72 LTF N 24 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 50 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 36 ; Kren Kostkiewicz, N 2060 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265a LP N 11a ; Spühler/Dolge, N 425.
248. BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 50 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 36 ; Vock/Meister-Müller, p. 114.
249. BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 50.

2. Déclaration de saisissabilité des biens appartenant à un tiers

32 Si le juge déclare l'opposition pour non-retour à meilleure fortune irrecevable, il peut déterminer l'ampleur de la nouvelle fortune du débiteur ex-failli en déclarant saisissables des biens appartenant à un tiers aux **triples conditions** suivantes.

33 Premièrement, le débiteur doit **disposer économiquement** de ces biens (art. 265a al. 3, 2e phr. LP).[250]

34 Deuxièmement, le droit du tiers doit avoir été **constitué** par le débiteur dans l'**intention reconnaissable** par le tiers d'empêcher le retour à meilleure fortune (art. 265a al. 3, 2e phr. LP ; art. 265 LP N 31).[251] La notion de « *droit constitué en faveur du tiers* » s'interprète au sens large.[252] Elle suppose la mise en place d'un mécanisme objectivement apte à diminuer juridiquement la fortune du débiteur ex-failli ou à en empêcher l'augmentation.[253] Sont visées aussi bien la commission d'un acte par le débiteur (par exemple : transfert formel de propriété) que l'omission d'un acte par le tiers (par exemple : mise à disposition d'un bien sans transfert de propriété au débiteur), à condition de s'accompagner d'un élément subjectif.[254] Cet élément comprend la notion « *d'intention reconnaissable par le tiers* » qui correspond à celle du dol de l'action révocatoire (art. 288 LP).[255]

35 Troisièmement, l'art. 95 al. 3 LP impose la **saisie en dernier lieu** des biens appartenant à des tiers. Une telle saisie implique que les seuls actifs du débiteur ne suffiront pas à désintéresser entièrement le créancier (art. 265 LP N 31).[256] L'examen de cette condition a lieu par l'office au moment de la saisie.[257]

---

250. BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 16 et 48 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 28 ; Kuster, RSJ 1997, p. 294 s.
251. Brönnimann, RDS 1996 I 232 s. ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 16, 29 et 48 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 28 s. ; Gut/Rajower/Sonnenmoser, PJA 1998, p. 529 ; Kren Kostkiewicz, N 2055 ; Kuster, RSJ 1997, p. 295 ; Studer/Zöbeli, p. 195 ; Jeandin, SJ 1997, p. 285. Pour une comparaison avec l'action révocatoire de l'art. 288 LP : CR, Jeandin, art. 265a LP N 29.
252. CR, Jeandin, art. 265a LP N 29.
253. CR, Jeandin, art. 265a LP N 29.
254. BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 16 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 29 s. Pour un exemple concret tiré de l'utilisation d'une voiture Ferrari : CR, Jeandin, art. 265a LP N 30 *i.f.* ; Jeandin, SJ 1997, p. 286.
255. CR, Jeandin, art. 265a LP N 30 ; Jeandin, SJ 1997, p. 286 ; Kren Kostkiewicz, N 2056 ; Kuster, RSJ 1997, p. 295.

A l'instar de l'art. 265 al. 2 LP, l'art. 265a al. 3 LP concerne des biens appartenant à des tiers, mais dont le débiteur dispose économiquement. Toutefois, seule l'application de l'art. 265a al. 3 LP a une incidence sur la situation juridique du tiers. L'art. 265 al. 2, 3e phr. LP permet de déterminer s'il y a ou non retour à meilleure fortune du débiteur ex-failli sans impacter la situation juridique. La **distinction entre les art. 265 al. 2 et 265a al. 3 LP** est donc la suivante : la seule prise en compte de biens appartenant à des tiers en vue de déterminer la nouvelle fortune du débiteur selon l'art. 265 al. 2 LP n'atteint pas encore le tiers dans sa situation juridique. Il en va différemment d'une déclaration de saisissabilité au sens de l'art. 265a al. 3, 2e phr. LP, laquelle implique toujours une mainmise sur ces biens.[258] 36

Le tiers touché par la déclaration de saisissabilité de biens qui lui appartiennent n'est pas partie des procédures de l'art 265a LP et n'a pas la légitimation pour remettre en cause la décision sur la recevabilité de l'opposition (N. 22 ss) ou les actions constatatoires de l'art. 265a al. 4 LP (N. 26 ss).[259] Il devra faire valoir ses droits sur les biens saisis par une **revendication** au sens des art. 106 à 109 LP,[260] laquelle portera sur l'absence de réalisation des conditions de l'art. 265a al. 3 LP.[261] Selon la doctrine, le tiers peut jouer un rôle dans l'action constatatoire, notamment par une intervention principale ou accessoire (art. 73 ss CPC).[262] Il peut aussi être cité comme témoin dans l'action, voire comme témoin immédiatement disponible s'il accompagne la 37

256. Amonn/Walther, § 48 N 34d ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 30 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 28 ; Fürstenberger, p. 57 ; Gasser, RJB 1996, p. 23 ; Jeandin, SJ 1997, p. 285 ; Kuster, RSJ 1997, p. 295.
257. BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 30.
258. Brönnimann, RDS 1996 I 232 s. ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 15 s., 42 et 44 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 28 et 31.
259. Brönnimann, RDS 1996 I 231 et 233 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 45 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 31 s. ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265a LP N 7d ; Stoffel/Chabloz, § 11 N 150.
260. En faveur de l'application de l'art. 107 LP et non de l'art. 108 LP par l'office : CR, Jeandin, art. 265a LP N 32 ; Jeandin, SJ 1998, p. 296 s. ; *contra* : BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 47 ; Gasser, RJB 1996, p. 24. Cf. ég. Brönnimann, RDS 1996 I 232 et 234 s. ; Brunner /Reutter/ Schönmann/Talbot, p. 70 ; Fürstenberger, p. 121 ss ; Gut/Rajower/Sonnenmoser, PJA 1998, p. 532 ; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Commentaire, art. 265a LP N 7 ; Kren Kostkiewicz, N 2056 ; Kuster, RSJ 1997, p. 289 ; Spühler/Dolge, N 428.
261. TF 7B.5/2007, arrêt du 3.5.2007, consid. 2.2 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 47 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 32 ; Gilliéron, Commentaire, art. 265 N 48 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265a LP N 7e ; Stoffel/Chabloz, § 11 N 150.
262. Brönnimann, RDS 1996 I 234 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 45 ; Spühler/Dolge, N 427 ; Vock/Meister/Müller, p. 110 s.

partie qui se prévaut de son témoignage lors de l'audience appointée pour décider sur la recevabilité de l'opposition (malgré le caractère sommaire de cette procédure ; N. 17).[263]

II. EFFETS DE L'OPPOSITION SUR LA POURSUITE

A. Levée de l'opposition

38 L'opposition pour non-retour à meilleure fortune et la décision sur la recevabilité de l'opposition n'ont d'effet que dans la procédure de **poursuite en cours** (N. 27). L'existence d'une nouvelle fortune sera à nouveau examinée dans une poursuite subséquente entre les mêmes parties et portant sur la même créance, en tenant compte du fait que d'autres créanciers ont potentiellement été désintéressés dans l'intervalle ou ont obtenu une part du nouveau patrimoine suite à des poursuites antérieures.[264]

39 Les effets de l'opposition formée par le débiteur ex-failli sur la poursuite dépendent de sa portée. Une procédure de mainlevée de l'opposition est superflue si la créance en tant que telle est reconnue et que l'opposition se limite expressément au non-retour à meilleure fortune (N. 5).[265] Si elle est également dirigée contre la créance, le juge des art. 265a al. 1 à 3 LP n'examinera pas l'opposition à la créance elle-même. Celle-ci devra être levée judiciairement avant continuation de la poursuite. Elle peut l'être par une procédure de mainlevée définitive au sens des art. 80 s. LP,[266] par une procédure de mainlevée provisoire au sens des 82 s. LP ou par une action en reconnaissance de dette de l'art. 79 LP.[267] La loi ne prévoit pas de norme de coordination.[268] Selon Jeandin, le juge appelé à statuer sur la recevabilité de l'opposition devrait **interpeller** le débiteur pour qu'il précise la portée de son opposition en cas de doute sur celle-ci.[269] Une opposition peu claire et qui n'a

263. BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 45. Cf. pour les témoins immédiatement disponibles en procédure de mainlevée, également soumise à la procédure sommaire : TF 5A_595/2021, arrêt du 14.1.2022, consid. 3.2.

264. BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 6 ; SK, Schober, art. 265a LP N 5.

265. ATF 103 III 31, consid. 3, JdT 1979 II 61 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 36 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265a LP N 3 s.

266. ATF 140 III 567, consid. 2.1, JdT 2015 II 166 ; TF 5A_487/2014, arrêt du 27.10.2014, consid. 2.1 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 26 ; Gilliéron, Commentaire, art. 265a LP N 23 ; *contra* : BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 34 ; Gasser, RJB 1996, p. 20 ; Vock/Meister-Müller, p. 105 s. Cf. ég. KUKO, Näf/Peyer, art. 265a LP N 9.

pas été précisée par le débiteur à la demande de l'office[270] devrait à mon avis être traitée comme une opposition non motivée, laquelle ne porte que sur la créance (N 3), si bien qu'une interpellation par le juge ne semble pas nécessaire.

L'opposition pour non-retour à meilleure fortune ne suspend pas en elle- 40
même le cours de la poursuite (comp. : art. 78 al. 1 LP).[271] La poursuite est en revanche **suspendue** si le juge déclare l'opposition pour non-retour à meilleure fortune entièrement recevable.[272] Dans ce cas, le créancier ne pourra pas requérir la mainlevée de l'opposition dirigée contre la créance avant l'entrée en force de l'action en constatation du retour à meilleure fortune (art. 265a al. 4 LP) et le juge n'entrera pas en matière sur une conclusion en mainlevée.[273]

Le créancier peut cependant requérir la **mainlevée** de l'opposition dirigée 41
contre la créance dès que le juge a déclaré l'opposition pour non-retour à meilleure fortune irrecevable (en tout ou partie).[274] La décision sur opposition, fût-elle rendue sous l'angle de la vraisemblance (N. 20), suffit pour protéger le débiteur ex-failli contre ses anciens créanciers, lesquels n'ont dans un tel cas

267. ATF 140 III 567, consid. 2.1, JdT 2015 II 166 ; ATF 103 III 31, consid. 3, JdT 1979 II 61 ; TF 5A_487/2014, arrêt du 27.10.2014, consid. 2.1 ; Brönnimann, RDS 1996 I 230 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 32 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 26 et 34 ; Gilliéron, Commentaire, art. 265a LP N 23 ; Jeandin, SJ 1997, p. 293 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265a LP N 3 et 9 s. ; Muster, BlSchK 2013, p. 17 s. ; OFK, Kren Kostkiewicz, art. 265a LP N 2. Cf. ég. Kren Kostkiewicz, N 2041.
268. Gasser, RJB 1996, p. 20 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265a LP N 9 ; Muster, BlSchK 2013, p. 17.
269. CR, Jeandin, art. 265a LP N 22 ; Jeandin, SJ 1997, p. 294.
270. ATF 140 III 567, consid. 2.2, JdT 2015 II 166 ; TF 5A_487/2014, arrêt du 27.10.2014, consid. 2.2 ; Gut/Rajower/Sonnenmoser, PJA 1998, p. 530 s. ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265a LP N 3 s.
271. Amonn/Walther, § 48 N 40 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 13.
272. ATF 139 III 498, consid. 2.2.4, JdT 2015 II 311 ; ATF 126 III 110, consid. 1b, JdT 2000 II 74 ; TF 5A_150/2017, arrêt du 27.11.2017, consid. 2.1 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 20 ; Krauskopf, JdT 2008 II 30.
273. CR, Jeandin, art. 265a LP N 25 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265a LP N 9a ; Gilliéron, Commentaire, art. 265a LP N 13 ; Krauskopf, JdT 2008 II 30 s. ; Peter, p. 172.
274. ATF 140 III 567, consid. 2.1, JdT 2015 II 166 ; ATF 136 III 51, consid. 3.2 ; ATF 126 III 204, consid. 3c, JdT 2000 II 87 ; TF 5A_46/2018, arrêt du 4.3.2019, consid. 2.2 ; OGer ZH, RT170070, arrêt du 6.12.2017, consid. III.4 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 32 s. ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 23 ; Gasser, RJB 1996, p. 20 ; Jeandin, SJ 1997, p. 294 ; Krauskopf, JdT 2008 II 31 ; Kren Kostkiewicz, N 2043 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265a LP N 9a ; Muster, BlSchK 2013, p. 18 ; Peter, p. 172 ; Vock/Meister-Müller, p. 105 s. ; *contra* : Gut/Rajower/Sonnenmoser, PJA 1998, p. 536.

pas à attendre l'issue de l'action constatatoire négative intentée par le débiteur (art. 265a al. 4 LP).[275] Le créancier dont la prétention n'est pas ou plus contestée pourra aussi requérir une saisie provisoire ou un inventaire (art. 83 al. 1 et 162 par analogie LP) avant l'issue de l'action susnommée, dès que la décision sur la recevabilité de l'opposition est en sa faveur.[276]

42 S'il succombe dans la procédure de mainlevée provisoire avant droit connu sur l'action de l'art. 265a al. 4 LP, le débiteur ne peut pas attendre l'issue de l'action constatatoire. Il devra intenter une **action en libération de dette** dans le délai de vingt jours à compter de la mainlevée (art. 83 al. 2 LP).[277] Pour éviter de dédoubler les procès et le risque de décisions contradictoires, il serait avisé de requérir immédiatement la suspension de la procédure de l'art. 83 al. 2 LP jusqu'à droit connu sur l'action de l'art. 265a al. 4 LP (art. 126 CPC).[278]

43 L'entrée en force d'une décision constatant l'inexistence d'une nouvelle fortune du débiteur ex-failli **paralyse** définitivement la poursuite. Elle rend *ex lege* sans objet les procédures de mainlevées, en cours ou décidées, ainsi que les mesures provisoires ordonnées en application de l'art. 83 al. 1 LP (N. 41).[279] Faute de poursuite à mettre à néant, une éventuelle action en libération de dette pendante deviendrait à mon avis sans objet dans une telle constellation.

B. Continuation de la poursuite

44 Si le débiteur a invoqué l'exception de non-retour à meilleure fortune, la poursuite ne pourra être continuée au sens de l'art. 88 LP qu'après l'entrée en force de la décision constatatoire statuant sur dite exception.[280] Hormis le cas

275. Amonn/Walther, § 48 N 46 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 32 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 23 ; Jeandin, SJ 1997, p. 294 ; Muster, BlSchK 2013, p. 17 s. ; Stoffel/Chabloz, § 11 N 154 ; *contra* : BezGer ZH, arrêt du 16.4.1997, consid. 3–4, ZR 1997, p. 145.

276. ATF 126 III 204, consid. 3c, JdT 2000 II 87 ; TC VD, CPF 30.9.2010/377, arrêt du 30.9.2010, JdT 2011 III 20 ; OGer ZH, RT170070, arrêt du 6.12.2017, consid. III.4 ; Brönnimann, RDS 1996 I 230 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 24a et 34 ; Gasser, RJB 1996, p. 20 ; Gilliéron, Commentaire, art. 265a LP N 26 ; Jeandin, SJ 1997, p. 295 ; Krauskopf, JdT 2008 II 31 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265a LP N 7c et 9a ; Muster, BlSchK 2013, p. 18 ; OFK, Kren Kostkiewicz, art. 265a LP N 21 ; Stoffel/Chabloz, § 11 N 154.

277. BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 35 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 24a ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265a LP N 9a ; *contra* : BezGer ZH, arrêt du 16.4.1997, consid. 3–4, ZR 1997, p. 145.

278. BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 35 *i.f.*

279. Abbet, art. 84 LP N 3 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 25 ; Jeandin, SJ 1997, p. 295.

dans lequel le débiteur ex-failli ne forme pas opposition pour non-retour à meilleure fortune, la continuation de la poursuite est donc soumise aux trois **conditions suivantes**.

Premièrement, l'existence d'une **nouvelle fortune** du débiteur ex-failli doit avoir été **définitivement constatée**.[281] C'est le cas si le débiteur ne dépose pas d'action constatatoire à l'encontre d'une décision d'irrecevabilité de l'opposition pour non-retour à meilleure fortune ou, dans l'hypothèse où une action au sens de l'art. 265a al. 4 LP a été interjetée, si la décision constatant le retour à meilleure fortune est entrée en force.[282] Si le juge déclare l'opposition irrecevable, le montant auquel le débiteur est revenu à meilleure fortune déterminé par le juge (art. 265 al. 2 LP *cum* art. 265a al. 3 LP), qui est en principe inférieur à celui de la créance déduite en poursuite, correspondra au montant à concurrence duquel la poursuite peut continuer.[283] Il dépendra aussi de l'issue de la procédure de mainlevée visant à faire écarter l'opposition au cas où elle frappe aussi la créance.[284] 45

Deuxièmement et dans le cas où l'opposition était également dirigée contre la créance, dite opposition doit avoir été écartée par les procédures des **art. 79 à 84 LP** (N. 38 ss).[285] Une telle procédure est superflue lorsque l'opposition ne concerne que le non-retour à meilleure fortune (N. 5) ; la continuation de la poursuite pouvant être requise dès que l'exception a été définivement tranchée selon l'art. 265a LP.[286] 46

Troisièmement, le **délai** de déchéance d'un an à compter de la notification du commandement de payer doit être respecté (art. 88 al. 2 LP). Ce délai ne court pas tant que l'exception pour non-retour à meilleure fortune n'a pas été définitivement écartée.[287] 47

280. ATF 126 III 204, consid. 3c–4, JdT 2000 II 87 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 36 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 24 ; Stoffel/Chabloz, § 11 N 154.
281. CR, Jeandin, art. 265a LP N 26.
282. CR, Jeandin, art. 265a LP N 26.
283. Amonn/Walther, § 48 N 42 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 27.
284. CR, Jeandin, art. 265a LP N 27 ; Jeandin, SJ 1997, p. 289.
285. ATF 103 III 31, consid. 3, JdT 1979 II 61 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 32 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 26.
286. ATF 126 III 204, consid. 3c, JdT 2000 II 87 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265a LP N 36 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 26.

BIBLIOGRAPHIE

Abbet Stéphane/Veuillet Ambre, La mainlevée de l'opposition, 2e éd., Berne 2022.

Amonn Kurt/Walther Fridolin, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9e éd., Berne 2013.

Bohnet François, Commentaire pratique, Actions civiles, Volume I : CC, LPD et LP, 3e éd., Bâle 2025.

Bovey Grégory, Commentaire des art. 72 et 75 LTF, in : Aubry Girardin Florence et al. (édit.), Commentaire de la LTF, 3e éd., Berne 2022.

Brönnimann Jürgen, Neuerungen bei ausgewählten Klagen des SchKG, RDS 1996 I 211–239 (cité : Brönnimann, RDS 1996).

Brönnimann Jürgen, Zur Verrechnung mit einer Konkursverlustscheinsforderung, in : Riemer Hans Michael/Kuhn Moritz/Vock Dominik/Gehri Myriam (édit.), Schweizerisches und Internationales Zwangsvollstreckungsrecht, Festschrift für Karl Spühler zum 70. Geburtstag, Zurich 2005, p. 45–54 (cité : Brönnimann, Mélanges Spühler).

Brunner Alexander/Reutter Mark/Schönmann Zeno/Talbot Philip, Kollokations- und Widerspruchsklagen nach SchKG, 3e éd., Berne 2019.

Engler Thomas, Aus der neueren Zürcher Rechtsprechung zum SchKG, BlSchK 2023, p. 113–125.

Fürstenberger Beat, Einrede des mangelnden und Feststellung neuen Vermögens nach revidiertem Schuldbetreibungs- und Konkursgestez – Unter besonderer Berücksichtigung der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft, Bâle et al. 1999.

Gasser Dominik, Nachlassverfahren, Insolvenzerklärung und Feststellung des neuen Vermögens nach rev. SchKG, RJB 1996, p. 1–25.

287. ATF 88 III 59, consid. 1–2 ; ATF 57 III 201, consid. 2 ; CR, Jeandin, art. 265a LP N 26 ; Gilliéron, Commentaire, art. 265a LP N 25 et 33. Cf. ég. ATF 149 III 410, consid. 5 qui précise que le délai de l'art. 166 al. 2 LP est suspendu pendant la durée de la procédure en constatation du retour ou du non-retour à meilleure fortune.

Gilliéron Pierre-Robert, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Loi du 11 avril 1889, texte en vigueur le 1er janvier 1997, Articles 159-270, Lausanne 2001.

Gut Beat/Rajower Felix/Sonnenmoser Brigitta, Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens, unter besonderer Berücksichtigung der zürcherischen Praxis, PJA 1998, p. 529–546.

Huber Ueli/Sogo Miguel, Commentaire de l'art. 265a LP, in : Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (édit.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basler Kommentar, vol. II, 3e éd., Bâle 2021 (cité : BSK, Auteur).

Jaeger Carl/Walder Hans Ulrich/Kull Thomas/Kottmann Martin, Commentaire de l'art. 265a LP, in : Jaeger Carl et al. (édit.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band II, Art. 159-292, 4e éd., Zurich 1999.

Jeandin Nicolas, Actes de défaut de biens et retour à meilleure fortune selon le nouveau droit, SJ 1997, p. 261–309 (cité : Jeandin, SJ 1997).

Jeandin Nicolas, Commentaire de l'art. 265a LP, in : Foëx Benedict/Jeandin Nicolas/Braconi Andrea/Benoît Chappuis (édit.), Commentaire romand, Poursuite et faillite, Commentaire de la loi de la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi sur le droit international privé, 2e éd., Bâle 2025 (cité : CR, Auteur).

Junker Rudolf, Rechtsvorschlag : kein neues Vermögen (Art. 265a SchKG), in : Flückiger Max et al. (édit.), Solothurner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1998, Soleure 1998, p. 579–608.

Krampf Michael, « Kein neues Vermögen » : Die Praxis zum Rechtsvorschlag, Plädoyer 6 (2013), p. 72–77.

Krauskopf Florence, La mainlevée provisoire : quelques jurisprudences récentes, JdT 2008 II 23–46.

Kren Kostkiewicz Jolanta, Commentaire de l'art. 265a LP, in : Kren Kostkiewicz (édit.), SchKG Kommentar, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen, OFK – Orell Füssli Kommentar, 20e éd., Zurich 2020 (cité : OFK, Auteur).

Kren Kostkiewicz Jolanta/Milani Dominik, Das Bewilligungsverfahren bei der Einrede mangelnden neuen Vermögens (Art. 265a SchKG) unter

Berücksichtigung der Parteirollenverteilung und den damit verbundenen Kostentragungspflichten, in : Kunz Peter/Weber Jonas/Lienhard Adreas/Fargnoli Iole/Kren Kostkiewicz Jolanta (édit.), Berner Gedanken zum Recht, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag 2014, p. 77–95.

Kren Kostkiewicz Jolanta, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 4e éd., Zurich 2024.

Kuster Matthias, Begriff und Bedeutung der wirtschaftlichen Berechtigung nach Art. 265 und 265a des revidierten SchKG, RSJ 1997, p. 289–296.

Marchand Sylvain/Hari Olivier, Précis de droit des poursuites, 3e éd., Zurich 2022.

Martin Pascal, L'autorité de la chose jugée des décisions rendues en application de la LP (deuxième partie), BlSchK 2025, p. 67–84.

Muster Eric, Le retour à meilleure fortune : un état des lieux, BlSchK 2013, p. 1–19 (cité : Muster, BlSchK 2013).

Muster Eric, La nouvelle procédure civile et le droit des poursuites et des faillites, JdT 2011 II 75–103 (cité : Muster, JdT 2011).

Näf Guido/Peyer Daniel, Commentaire de l'art. 265a LP, in : Hunkeler Daniel (édit.), Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Kurzkommentar, 3e éd., Bâle 2025 (cité : KUKO, Auteur).

Neuenschwander Anouk, Pratique vaudoise récente en matière de LP, BlSchK 2023, p. 66–89.

Peter Hansjörg, Introduction au droit des poursuites et des faillites, Berne 2023.

Peter Hansjörg, Le point sur le droit des poursuites et des faillites, RSJ 2015, p. 393–398.

Portmann Bruno, Darf eine bestrittene Verlustscheinforderung gegen den Konkursiten, der noch nicht zu neuem Vermögen gekommen ist, mit der Leistungsklage geltend gemacht werden ?, RSJ 1960, p. 97–101.

Probst Linda, Unentgeltliche Rechtspflege im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, BlSchK 2023, p. 177–187.

Rüetschi Sven, Vorfragen im schweizerischen Zivilprozess, Zurich 2011.

Spahr Christoph, Prozessuales zum Bewilligungsverfahren nach Art. 265a SchKG am Beispiel des Kantons Thurgau, BlSchK 2004, p. 121–136.

Spühler Karl/Dolge Annette, Schuldbetreibungs- und Konkurrecht I, Betreibungs- und Arrestrecht, Zurich 2020.

Schober Roger, Commentaire de l'art. 265a LP, in : Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik (édit.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, SK – Schulthess Kommentar, 4e éd., Zurich 2017 (cité : SK, Auteur).

Stoffel Walter/Chabloz Isabelle, Voies d'exécution, 3e éd., Berne 2016.

Studer Josef/Zöbeli Markus, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 6e éd., Zurich 2023.

Vock Dominik/Meister-Müller Danièle, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, 2e éd., Zurich et al. 2018.

MATERÉRIAUX

Message concernant la revision de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 8 mai 1991, FF 1991 III 1, disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1991/3_1_1_1/fr, consulté le 6.3.2025.

Message relatif à la modification du code de procédure civile suisse (Amélioration de la praticabilité et de l'application du droit) du 26 février 2020, FF 2020 2607, disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2020/653/fr, consulté le 6.3.2025.

COMMENTAIRE

Art. 265b LP

Un commentaire de Arnaud Constantin

PROPOSITION DE CITATION

Arnaud Constantin, Commentaire de l'art. 265b LP, in: Pasquier Bruno/Heinzmann Michel (édit.), Commentaire en ligne de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite

Citation abrégée: OK-Constantin, art. 265b LP N. XXX.

3. Pas de déclaration de faillite à la demande du débiteur

Art. 265*b*

Si le débiteur s'oppose à une poursuite en alléguant le défaut de retour à meilleure fortune, il ne peut requérir lui-même sa faillite (art. 191) pendant la durée de cette poursuite.

TABLE DES MATIÈRES

I. Faillite à la requête du débiteur 257
II. Faillite à la requête du créancier 259
Bibliographie 260
Matériaux 261

I. FAILLITE À LA REQUÊTE DU DÉBITEUR

Le juge prononce la faillite du débiteur qui requiert son insolvabilité en justice et paie à temps l'avance de frais ou en est dispensé, sauf (i) si un règlement amiable des dettes est possible (art. 191 al. 2 LP *cum* art. 333 ss LP), (ii) si le débiteur est d'ores et déjà en faillite (art. 206 al. 3 LP [interdiction des faillites parallèles])[288] ou (iii) s'il a invoqué le défaut de retour à meilleure fortune (OK-Constantin, art. 265b LP [interdiction des faillites en chaîne][289]).[290] L'article commenté interdit au débiteur ex-failli de requérir sa **propre faillite selon l'art. 191 LP** pendant toute la durée d'une poursuite introduite à son encontre pour une créance incluse dans une faillite antérieure et contre laquelle il a formé opposition pour non-retour à meilleure fortune (N. 5).[291] L'interdiction vaut pour toutes les poursuites dirigées contre l'ex-failli, y compris s'il est à nouveau soumis à la procédure d'exécution générale (art. 39 LP).[292] 1

Avant la révision de 1994, le débiteur pouvait tenir en échec le système et échapper à la nouvelle poursuite introduite contre lui pour une créance née avant l'ouverture de la faillite en formant opposition pour non-retour à meilleure fortune et en se déclarant insolvable en justice. Dans ce cas, le créancier, titulaire d'un acte de défaut de biens après (la première) faillite, ne percevait qu'un éventuel dividende à l'issue d'une nouvelle procédure d'exécution générale. La poursuite perdait non seulement son intérêt, mais son succès dépendait de surcroît du comportement du débiteur.[293] Depuis la révision susvisée, le législateur a limité la possibilité du débiteur de requérir sa propre faillite pour exclure une déclaration d'insolvabilité abusive de la part 2

288. CR, Jeandin, art. 265b LP N 2 ; Kren Kostkiewicz, N 1656 ; Stoffel/Chabloz, § 9 N 102. Cf. ég. Amonn/Walther, § 38 N 27.
289. CR, Jeandin, art. 265b LP N 1 ; Stoffel/Chabloz, § 11 N 153.
290. TC FR, 102 2016 234, arrêt du 26.1.2017, consid. 2a ; Chabloz, RSDA 2016, p. 361 ; Vouilloz, ECS 2001, p. 248 s.
291. Message 1991, p. 185 ; OGer ZH, PS220184, arrêt du 25.1.2023, consid. IV.2.5 ; OGer ZH, PS160116, arrêt du 20.7.2017, consid. 3 ; TC TI, 14.2013.225, arrêt du 13.5.2014, consid. 5 ; Amonn/Walther, § 48 N 38 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265b LP N 1 ; CR, Jeandin, art. 265b LP N 1 s. ; Dallèves, PJA 1995, p. 1566 ; Gilliéron, Commentaire, art. 265b LP N 5 ; Gut/Rajower/Sonnenmoser, PJA 1998, p. 536 ; Jeandin, SJ 1997, p. 280 ; Kren Kostkiewicz, N 1656 et 2061 ; SK, Schober, art. 265b LP N 3 ; Stoffel/Chabloz, § 9 N 100–102 et § 11 N 153 ; Vock/Meister-Müller, p. 108.
292. SK, Schober, art. 265b LP N 4.

de l'ex-failli en renforçant la position des créanciers titulaires d'un acte de défaut de biens.[294] Le but est d'**assurer l'effectivité des art. 265 s. LP** et de garantir la saisine efficace du patrimoine de l'ex-failli.[295]

3 Selon la majorité de la doctrine et la pratique zurichoise, le débiteur ne devrait d'une manière générale pas pouvoir requérir une faillite personnelle tant qu'une poursuite concernant une créance incluse dans une faillite antérieure est pendante.[296] Certains auteurs interprètent l'art. 265b LP *a fortiori*. Selon eux, l'interdiction de requérir une faillite personnelle vaudrait même lorsque le débiteur n'a **pas formé opposition** en alléguant le non-retour à meilleure fortune ou a **retiré** une telle opposition.[297] D'autres auteurs et l'Obergericht zurichois se fondent sur l'interdiction d'une déclaration d'insolvabilité abusive et parviennent à la même conclusion.[298] Je me rallie à cette dernière opinion, qui repose aussi sur une interprétation téléologique de la loi après la révision (N. 2). Le but est d'éviter que le débiteur puisse contourner les art. 265 à 265b LP ainsi que l'art. 191 LP, en retirant son opposition ou en omettant de faire opposition pour non-retour à meilleure fortune afin de requérir sa propre faillite.[299]

4 Le juge appelé à statuer sur la faillite à la requête du débiteur au sens de l'art. 191 LP examine **d'office** si le débiteur a déjà fait l'objet d'une procédure de faillite et, cas échéant, si le débiteur a excepté le non-retour à meilleure

293. OGer ZH, PS220184, arrêt du 25.1.2023, consid. IV.2.5 ; OGer ZH, PS160116, arrêt du 20.7.2017, consid. 6.1 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265b LP N 1 ; CR, Jeandin, art. 265b LP N 1 ; Gut/Rajower/Sonnenmoser, PJA 1998, p. 536 ; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Commentaire, art. 265b LP N 2 ; Jeandin, SJ 1997, p. 280 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265b LP N 1 ; SK, Schober, art. 265b LP N 3.
294. Message 1991, p. 185 ; OGer ZH, PS220184, arrêt du 25.1.2023, consid. IV.2.5 ; OGer ZH, PS160116, arrêt du 20.7.2017, consid. 3, 6.1 et 6.3.
295. Message 1991, p. 181 ss ; ATF 123 III 402, consid. 3.a.dd, JdT 1999 II 102 ; CR, Jeandin, art. 265b LP N 1 ; SK, Schober, art. 265b LP N 3.
296. OGer ZH, PS160116, arrêt du 20.7.2017, consid. 3 et 6.3 ; Amonn/Walther, § 48 N 38 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265b LP N 1a ; CR, Jeandin, art. 265b LP N 3 ; Gut/Rajower/Sonnenmoser, PJA 1998, p. 536 ; Stoffel/Chabloz, § 11 N 153 ; Vock/Meister-Müller, p. 108 ; *contra* : KUKO, Näf/Peyer, art. 265b LP N 1.
297. CR, Jeandin, art. 265b LP N 3 ; Kren Kostkiewicz, N 1656 ; Stoffel/Chabloz, § 11 N 153. Cf. pour le détail de l'interprétation *a fortiori* de l'art. 265b LP : OGer ZH, PS160116, arrêt du 20.7.2017, consid. 6.3.
298. OGer ZH, PS220184, arrêt du 25.1.2023, consid. IV.2.5 s. ; OGer ZH, PS160116, arrêt du 20.7.2017, consid. 6.1 ss ; Amonn/Walther, § 48 N 38 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265b LP N 1a.
299. Cf. ég. OGer ZH, PS160116, arrêt du 20.7.2017, consid. 6.3.

fortune dans une poursuite en cours concernant une créance née avant la faillite (art. 255 let. a CPC).[300] Selon la pratique zurichoise, le juge peut même déclarer rétroactivement nulle et non avenue la faillite ouverte sans égard à l'art. 265b LP.[301]

L'interdiction de requérir sa propre faillite vaut dès la clôture de la (première) faillite. Elle perdure **jusqu'au terme de la procédure de poursuite** dans laquelle le débiteur a formé opposition pour non-retour à meilleure fortune (N. 1).[302] Elle prend fin par extinction de la poursuite lorsque le juge déclare l'opposition pour non-retour à meilleure fortune recevable ou en cas de gain de cause du débiteur dans les procédures prévues à l'art. 265a LP (OK-Constantin, art. 265a LP N. 17 ss et N. 26 ss). Si le débiteur est considéré comme revenu à meilleure fortune, l'interdiction vaut jusqu'au terme de la procédure de poursuite, c'est-à-dire jusqu'à ce qu'il soit clair que son opposition « ordinaire » dirigée contre la créance (OK-Constantin, art. 265a LP N. 38 ss) ne pourra pas être levée, jusqu'à la réalisation et la distribution des deniers ou jusqu'à l'extinction de la poursuite par l'écoulement du temps (art. 88 al. 2 LP).[303] 5

II. FAILLITE À LA REQUÊTE DU CRÉANCIER

L'art. 265b LP empêche seulement la faillite sans poursuite préalable sur requête du débiteur. Une **nouvelle faillite à la requête du créancier reste possible**.[304] Une telle faillite concernera une créance née après l'ouverture de la première faillite. Elle est subordonnée au fait que l'ex-failli soit toujours soumis à la procédure de faillite (art. 39 LP) ou qu'une faillite sans poursuite préalable selon l'art. 190 LP entre en ligne de compte.[305] 6

300. TC FR, 102 2016 234, arrêt du 26.1.2017, consid. 2.a ; TC TI, 14.2013.225, arrêt du 13.5.2014, consid. 5 ; Amonn/Walther, § 38 N 27 ; CR, Jeandin, art. 265b LP N 2 ; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Commentaire, art. 265b LP N 3 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265b LP N 4.
301. OGer ZH, PS140090, arrêt du 11.6.2014, consid. I.1.
302. OGer ZH, PS220184, arrêt du 25.1.2023, consid. IV.2.5 ; OGer ZH, PS160116, arrêt du 20.7.2017, consid. 6.1 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265b LP N 1 ; CR, Jeandin, art. 265b LP N 4 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265b LP N 3.
303. BSK, Huber/Sogo, art. 265b LP N 1 ; CR, Jeandin, art. 265b LP N 4 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265b LP N 3.
304. Amonn/Walther, § 48 N 38 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265b LP N 2 ; CR, Jeandin, art. 265b LP N 5 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265b LP N 1 ; SK, Schober, art. 265b LP N 5 ; Vock/Meister-Müller, p. 108.

7 Les créances pour lesquelles un acte de défaut de biens a déjà été délivré ne sont pas privilégiées dans la nouvelle faillite. Elles sont **colloquées** au même titre que les créances nées après la première faillite.[306] Les nouveaux créanciers ne sont pas privilégiés non plus. Le principe de l'égalité des créanciers prévaut.[307]

BIBLIOGRAPHIE

Amonn Kurt/Walther Fridolin, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9e éd., Berne 2013.

Chabloz Isabelle, L'ouverture de la faillite : situation actuelle et mise en perspective, RSDA 2016, p. 357–369.

Dallèves Louis, Règlement amiable ou judiciaire des dettes selon la LP révisée, PJA 1995, p. 1564–1570.

Gilliéron Pierre-Robert, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Loi du 11 avril 1889, texte en vigueur le 1er janvier 1997, Articles 159-270, Lausanne 2001.

Gut Beat/Rajower Felix/Sonnenmoser Brigitta, Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens, unter besonderer Berücksichtigung der zürcherischen Praxis, PJA 1998, p. 529–546.

Huber Ueli/Sogo Miguel, Commentaire de l'art. 265b LP, in : Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (édit.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basler Kommentar, vol. II, 3e éd., Bâle 2021 (cité : BSK, Auteur).

Jeandin Nicolas, Actes de défaut de biens et retour à meilleure fortune selon le nouveau droit, SJ 1997, p. 261–309 (cité : Jeandin, SJ 1997).

305. Amonn/Walther, § 48 N 38 ; CR, Jeandin, art. 265b LP N 5 ; Gilliéron, Commentaire, art. 265b LP N 8 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265b LP N 1 ; SK, Schober, art. 265b LP N 5.
306. ATF 65 III 58, p. 60 *i.f.* (héritier du failli qui a accepté la succession) ; ATF 35 II 684, consid. 3 ; BSK, Huber/Sogo, art. 265b LP N 2 ; CR, Jeandin, art. 265b LP N 5 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265b LP N 2.
307. CR, Jeandin, art. 265b LP N 5 ; KUKO, Näf/Peyer, art. 265b LP N 2. Cf. BSK, Huber/Sogo, art. 265b LP N 3 et les références citées pour une présentation des avis doctrinaux pertinents.

Jaeger Carl/Walder Hans Ulrich/Kull Thomas/Kottmann Martin, Commentaire de l'art. 265b LP, in : Jaeger Carl et al. (édit.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band II, Art. 159-292, 4e éd., Zurich 1999.

Jeandin Nicolas, Commentaire de l'art. 265b LP, in : Foëx Benedict/Jeandin Nicolas/Braconi Andrea/Benoît Chappuis (édit.), Commentaire romand, Poursuite et faillite, Commentaire de la loi de la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi sur le droit international privé, 2e éd., Bâle 2025 (cité : CR, Auteur).

Kren Kostkiewicz Jolanta, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 4e éd., Zurich 2024.

Näf Guido/Peyer Daniel, Commentaire de l'art. 265b LP, in : Hunkeler Daniel (édit.), Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Kurzkommentar, 3e éd., Bâle 2025 (cité : KUKO, Auteur).

Stoffel Walter/Chabloz Isabelle, Voies d'exécution, 3e éd., Berne 2016.

Schober Roger, Commentaire de l'art. 265b LP, in : Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik (édit.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, SK – Schulthess Kommentar, 4e éd., Zurich 2017 (cité : SK, Auteur).

Vock Dominik/Meister-Müller Danièle, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, 2e éd., Zurich et al. 2018.

Vouilloz François, La faillite à la demande du débiteur et le règlement amiable des dettes, Une réforme (presque) inutile, ECS (3) 2001, p. 247.

MATÉRIAUX

Message concernant la revision de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 8 mai 1991, FF 1991 III 1, disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1991/3_1_1_1/fr, consulté le 6.3.2025.

COMMENTAIRE

Art. 266 LP

Un commentaire de Arnaud Constantin

PROPOSITION DE CITATION

Arnaud Constantin, Commentaire de l'art. 266 LP, in: Pasquier Bruno/Heinzmann Michel (édit.), Commentaire en ligne de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite

Citation abrégée: OK-Constantin, art. 266 LP

F. Répartitions provisoires

Art. 266

[1] Il peut être procédé à des répartitions provisoires dès l'expiration du délai pour agir en contestation de l'état de collocation.

[2] L'art. 263 s'applique par analogie.

TABLE DES MATIÈRES

I. Généralités 265
II. Procédure 268
III. Plainte (art. 17 LP) 271
Bibliographie 274

I. GÉNÉRALITÉS

L'art. 266 LP permet de déroger à la règle selon laquelle la répartition des deniers intervient dès que les masses active et passive sont déterminées définitivement (art. 261 LP en lien avec l'art. 83 OAOF)[308]. Il autorise à procéder à une ou plusieurs[309] répartition(s) provisoire(s) du produit de la faillite dès l'expiration du délai pour agir en contestation de l'état de collocation (art. 250 LP), y compris en cas d'action judiciaire pendante[310]. Cet article permet d'éteindre en totalité ou en partie certaines créances par **distribution anticipée** avant la distribution finale, avant la clôture de la procédure de faillite[311] et avant l'établissement du tableau de distribution définitif au sens de l'art. 83 OAOF[312]. Depuis le 1er août 2021, il s'applique même en cas de faillite liquidée par la voie sommaire suite à l'abrogation de l'art. 96 let. c OAOF qui interdisait jusqu'alors à l'office des faillites de procéder à des répartitions provisoires dans un tel cas[313]. 1

Le fait que l'état de collocation soit entré en force pour toutes les créances n'est pas déterminant[314]. Avant droit connu sur les collocations litigieuses, les 2

308. Amonn/Walther, § 48 N. 1 ; CR-Jeandin, art. 266 LP N. 1 ; DIKE-Rüetschi, art. 82 OAOF N. 1 ; Heinel, N. 1098 s.
309. Décision du TC-GE DCSO/43/2014 du 6.2.2014 consid. 3.1 ; BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 266 LP N. 1a ; CR-Jeandin, art. 266 LP N. 6 qui souligne l'utilisation du pluriel « *des répartitions provisoires* » par l'art. 266 al. 1 LP ; DIKE-Rüetschi, art. 82 OAOF N. 5 ; KUKO-Stöckli/Possa, art. 266 LP N. 6.
310. ATF 94 III 50 consid. 4 ; arrêt du TF 5A_82/2017 du 2.5.2017 consid. 2.1 ; arrêt du TC-ZH PS160204 du 16.1.2017 consid. 4.4 ; arrêt du TC-NE du 28.4.1994, RJN 1997 p. 280, consid. 2 ; arrêt du TC-FR du 17.4.1974, RFJ 1974 p. 95, consid. 2 ; Amonn/Walther, § 48 N. 17 ; BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 266 LP N. 1a ; CR-Jeandin, art. 266 LP N. 1 et 5 ; DIKE-Rüetschi, art. 82 OAOF N. 1 et 6 ; Gilliéron, art. 266 LP N. 12 ; Heinel, N. 1099 ; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, art. 266 LP N. 5 ; Kren Kostkiewicz, N. 2029 ; KUKO-Stöckli/Possa, art. 266 LP N. 5 ; Marchand/Hari, p. 130 ; Sprecher, N. 621 ; Stoffel/Chabloz, § 11 N. 135 s. Cf. en cas de faillite ancillaire : Bernasconi, p. 47 s.
311. Arrêt du TF 5A_82/2017 du 2.5.2017 consid. 2.1 ; Heinel, N. 1099 ; DIKE-Rüetschi, art. 82 OAOF N. 1 ; Kren Kostkiewicz, N. 2025 ; Stoffel/Chabloz, § 11 N. 135.
312. Heinel, N. 1106.
313. RO 2021 400 ; BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 266 LP N. 1 ; CR-Jeandin, art. 266 LP N. 4 ; Heinel, N. 1106 ; KUKO-Stöckli/Possa, art. 266 LP N. 2 ; *contra* : Kren Kostkiewicz, N. 2029.
314. Arrêt du TF 5A_82/2017 du 2.5.2017 consid. 2.4 ; BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 266 LP N. 1a ; CR-Jeandin, art. 266 LP N. 1 ; DIKE-Rüetschi, art. 82 OAOF N. 1 et 6 ; OFK-Kren Kostkiewicz, art. 266 LP N. 2 ; KUKO-Stöckli/Possa, art. 266 LP N. 5 ; SK-Schober, art. 266 LP N. 3 ; Stoffel/Chabloz, § 11 N. 135.

titulaires de créances **définitivement admises** à l'état de collocation peuvent ainsi recevoir leur part de dividende prévisible[315]. Les créanciers sont libres d'accepter la distribution anticipée ou d'attendre la répartition définitive[316].

3 Les titulaires de créances qui ne sont **pas encore admises ou qui sont litigieuses** n'ont pas le droit de bénéficier d'une répartition provisoire avant droit connu sur la collocation[317]. Selon l'art. 82 al. 2 OAOF, l'administration de la faillite ne procède pas à la distribution provisoire immédiate des dividendes afférents aux créances litigieuses ou aux créances subordonnées à une condition suspensive ou à un terme incertain (art. 264 al. 3 LP)[318]. Cet article s'applique aussi lorsque seul le rang de la créance est contesté[319]. Il en est de même pour les créances sur l'admission desquelles il n'a pas encore été définitivement statué et pour les productions tardives, lesquelles sont tout de même prises en compte si elles sont effectuées avant que la répartition provisoire ait eu lieu (art. 251 al. 3 LP ; art. 82 al. 2, 2e phr. OAOF)[320]. Les dividendes afférents à une créance garantie par un gage à l'étranger et qui n'entrent pas dans la masse de la faillite ouverte en Suisse sont conservés jusqu'au moment où il sera procédé à la réalisation du gage à l'étranger et ne seront versés au créancier que dans la mesure où il sera resté à découvert dans cette réalisation (art. 62 OAOF)[321]. Les montants correspondant aux créances mentionnées ci-dessus sont retenus et consignés par l'administration de la faillite en vue d'une distribution ultérieure et portent intérêts (comp. : art. 209 LP)[322]. Si le statut de la créance change avant la répartition définitive, par exemple si une condition suspensive se réalise, celle-ci peut être prise en considération lors des répartitions provisoires ultérieures[323].

315. ATF 132 III 432 consid. 2.6 ; arrêt du TF 5A_1006/2019 du 5.2.2020 consid. 3 ; Amonn/Walther, § 48 N. 17 ; BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 266 LP N. 1a ; CR-Jeandin, art. 266 LP N. 1 et 8 ; DIKE-Rüetschi, art. 82 OAOF N. 7 ; KUKO-Stöckli/Possa, art. 266 LP N. 1.
316. Arrêt du TC-ZH PS190208 du 25.11.2019 consid. 4 ; arrêt du TC-ZH PS160204 du 16.1.2017 consid. 4.4.
317. Arrêt du TF 5A_1006/2019 du 5.2.2020 consid. 3 ; CR-Jeandin, art. 266 LP N. 1 ; OFK-Kren Kostkiewicz, art. 266 LP N. 2.
318. ATF 105 III 88 consid. 2 ; Amonn/Walther, § 48 N. 17 ; BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 266 LP N. 2 ; CR-Jeandin, art. 266 LP N. 8 ; DIKE-Rüetschi, art. 82 OAOF N. 7 et 13 ; Marchand/Hari, p. 130 ; KUKO-Stöckli/Possa, art. 266 LP N. 5.
319. ATF 105 III 88 consid. 2.
320. ATF 138 III 437 consid. 4.2.2 ; Amonn/Walther, § 48 N. 17 et 19 ; BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 266 LP N. 2 et 4 ; CR-Jeandin, art. 266 LP N. 8 ; DIKE-Rüetschi, art. 82 OAOF N. 7 et 13 ; Gilliéron, art. 266 LP N. 16 ; Marchand/Hari, p. 130 ; KUKO-Stöckli/Possa, art. 266 LP N. 5.
321. CR-Jeandin, art. 266 LP N. 8 ; KUKO-Stöckli/Possa, art. 266 LP N. 5.

L'art. 266 LP ne mentionne qu'une **condition temporelle** pour déterminer à partir de quand une répartition provisoire est possible[324]. Une telle répartition n'entre en ligne de compte qu'à partir du moment où la composition de l'état de collocation est suffisamment précise pour apprécier la perspective d'une distribution des deniers (N. 1)[325]. La jurisprudence et la doctrine ont développé deux conditions supplémentaires. 4

Premièrement, la distribution provisoire est soumise au **respect de l'art. 220 LP**[326]. Au sein de la même classe, les créanciers doivent être traités sur un pied d'égalité. Ils reçoivent ainsi un acompte au pourcentage identique (art. 220 al. 1 LP ; principe de l'égalité des créanciers colloqués dans la même classe)[327]. Le paiement complet des créanciers privilégiés doit être assuré avant que les créanciers de la troisième classe reçoivent un dividende partiel (art. 220 al. 2 LP)[328]. 5

Secondement, les paiements susmentionnés et le versement d'acomptes supposent que la masse en faillite dispose de **suffisamment de fonds disponibles** pour éviter de compromettre la répartition finale. De simples estimations des recettes et dépenses futures ne suffisent pas, l'administration de la faillite devant se baser sur le produit de réalisation effectif des actifs déjà réalisés[329]. Le calcul de la répartition provisoire doit être effectué de telle 6

322. ATF 122 III 40 consid. 2 ; ATF 105 III 88 consid. 2 ; Amonn/Walther, § 48 N. 17 ; BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 266 LP N. 2 ; CR-Jeandin, art. 266 LP N. 8 ; OFK-Kren Kostkiewicz, art. 266 LP N. 5 s. ; Gilliéron, art. 266 LP N. 16 s. ; KUKO-Stöckli/Possa, art. 266 LP N. 5 et 7 ; SK-Schober, art. 266 LP N. 6. Cf. spécifiquement en matière d'intérêts : ATF 122 III 40 consid. 2.
323. DIKE-Rüetschi, art. 82 OAOF N. 14.
324. Amonn/Walther, § 48 N. 17 ; CR-Jeandin, art. 266 LP N. 1 et 5 ; Heinel, N. 1099.
325. BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 266 LP N. 1 s. ; CR-Jeandin, art. 266 LP N. 1 ; Kren Kostkiewicz, N. 2025 ; SK-Schober, art. 266 LP N. 3.
326. CR-Jeandin, art. 266 LP N. 5 ; DIKE-Rüetschi, art. 82 OAOF N. 4.
327. ATF 105 III 88 consid. 2 ; BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 266 LP N. 2 ; CR-Jeandin, art. 266 LP N. 7 ; DIKE-Rüetschi, art. 82 OAOF N. 4 et 7 ; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, art. 266 LP N. 3 ; OFK-Kren Kostkiewicz, art. 266 LP N. 4 ; KUKO-Stöckli/Possa, art. 266 LP N. 5 ; SK-Schober, art. 266 LP N. 4.
328. ATF 105 III 88 consid. 2 ; BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 266 LP N. 1a ; CR-Jeandin, art. 266 LP N. 5 ; DIKE-Rüetschi, art. 82 OAOF N. 7 ; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, art. 266 LP N. 3 ; KUKO-Stöckli/Possa, art. 266 LP N. 5 ; SK-Schober, art. 266 LP N. 4.
329. ATF 57 III 88 consid. 6 ; BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 266 LP N. 1a ; CR-Jeandin, art. 266 LP N. 5 ; DIKE-Rüetschi, art. 82 OAOF N. 6 ; Gilliéron, art. 266 LP N. 13 ; KUKO-Stöckli/Possa, art. 266 LP N. 5.

sorte que le paiement des dettes de la masse, des éventuels autres frais de la masse et frais de procédure au sens de l'art. 262 LP ainsi que des créances garanties par gage restent couverts, même si ces frais surviennent postérieurement[330]. Les coûts de la répartition provisoire doivent aussi être couverts par le produit de réalisation, lequel devra être assez important pour permettre en sus de verser un dividende provisoire[331]. C'est en principe le cas lors de la réalisation d'un immeuble grevé d'un droit de gage[332]. Le produit des biens remis en gage ne servira cependant à couvrir que les frais d'inventaire, d'administration et de réalisation du gage (art. 262 al. 2 LP). Il ne pourra pas servir à désintéresser les créanciers chirographaires[333]. Le reliquat tombera dans le compte de liquidation générale.

II. PROCÉDURE

7 Il n'existe **pas d'obligation** de distribuer un dividende provisoire[334]. La décision est laissée à l'appréciation de l'organe compétent[335].

8 L'administration de la faillite est **compétente** pour procéder à des répartitions provisoires[336]. Elle l'est aussi pour refuser le versement du dividende provisoire, par exemple en se prévalant de la compensation à l'égard de l'un des créanciers[337]. Elle l'est également pour exiger le remboursement de l'éventuel surplus de dividende provisoire versé indûment

330. ATF 105 III 88 consid. 2 ; ATF 83 III 67 consid. 5 ; décision du TC-GE DCSO/43/2014 du 6.2.2014 consid. 3.1 ; arrêt du TC-FR du 17.4.1974, RFJ 1974 p. 95, consid. 2 ; Amonn/Walther, § 48 N. 16 ; BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 266 LP N. 1a ; CR-Jeandin, art. 266 LP N. 5 ; Défago Gaudin, N. 590 ; DIKE-Rüetschi, art. 82 OAOF N. 4, 7 et 10 ; Gilliéron, art. 266 LP N. 13 ; KUKO-Stöckli/Possa, art. 266 LP N. 5 ; SK-Schober, art. 266 LP N. 4 ; Stoffel/Chabloz, § 11 N. 136.

331. BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 266 LP N. 1a ; CR-Jeandin, art. 266 LP N. 5 ; Défago Gaudin, N. 590 ; Gilliéron, art. 266 LP N. 13 ; KUKO-Stöckli/Possa, art. 266 LP N. 5.

332. Amonn/Walther, § 48 N. 15 ; CR-Jeandin, art. 266 LP N. 1 ; DIKE-Rüetschi, art. 82 OAOF N. 1 ; Heinel, N. 1099 ; KUKO-Stöckli/Possa, art. 266 LP N. 1. Cf. pour les répartitions provisoires fondées sur le produit net des loyers avant même la réalisation de l'immeuble : Défago Gaudin, N. 590.

333. BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 266 LP N. 2 ; CR-Jeandin, art. 266 LP N. 2 ; SK-Schober, art. 266 LP N. 4.

334. Arrêt du TF 5A_82/2017 du 2.5.2017 consid. 2.1 ; DIKE-Rüetschi, art. 82 OAOF N. 3 ; KUKO-Stöckli/Possa, art. 266 LP N. 4 s. ; OFK-Kren Kostkiewicz, art. 266 LP N. 3.

335. Arrêt du TF 5A_82/2017 du 2.5.2017 consid. 2.1 ; arrêt du TC-FR du 17.4.1974, RFJ 1974 p. 95, consid. 2 ; BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 266 LP N. 1a ; DIKE-Rüetschi, art. 82 OAOF N. 3 ; KUKO-Stöckli/Possa, art. 266 LP N. 4a.

aux créanciers, y compris pour intenter une action en restitution lorsque le montant du trop-perçu est connu[338]. L'administration de la faillite engage sa responsabilité si le montant manquant ne peut pas être récupéré (art. 5 LP)[339]. La seconde assemblée des créanciers ou une assemblée ultérieure est convoquée après le dépôt de l'état de collocation (art. 252 al. 1 LP) et a également le pouvoir souverain d'ordonner une ou plusieurs répartition(s) provisoire(s) (art. 253 al. 2 LP)[340]. Le montant de la répartition provisoire sera dans cette constellation déterminé par l'administration de la faillite[341]. Si elle est constituée et que la répartition provisoire entre dans ses attributions, la compétence pour ordonner la distribution provisoire incombe à la commission de surveillance (art. 237 al. 3 ch. 5 LP)[342]. L'assemblée des créanciers peut lui retirer cette compétence, la commission de surveillance n'ayant pas une attribution indépendante de procéder à la distribution provisoire (cf. art. 237 al. 3 LP)[343]. Dans ce dernier cas et lorsqu'aucune commission de surveillance n'est constituée, la compétence d'ordonner la

336. ATF 94 III 50 consid. 4 ; arrêt du TF 5C.97/2006 du 30.6.2006 consid. 2.3.3 ; arrêt du TC-FR arrêt du 17.4.1974, RFJ 1974 p. 95, consid. 2 ; Amonn/Walther, § 48 N. 15 ; BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 266 LP N. 1a ; CR-Jeandin, art. 266 LP N. 2 et 7 ; DIKE-Rüetschi, art. 82 OAOF N. 2 ; Gilliéron, art. 266 LP N. 8 ; Kren Kostkiewicz, N. 2026 ; KUKO-Stöckli/Possa, art. 266 LP N. 3 ; SK-Schober, art. 266 LP N. 1.

337. ATF 83 III 67 consid. 1 et 5 ; ATF 76 III 13 consid. 2 ; BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 266 LP N. 3 ; CR-Jeandin, art. 266 LP N. 10 ; KUKO-Stöckli/Possa, art. 266 LP N. 8.

338. ATF 132 III 432 consid. 6.2 ; ATF 123 III 335 consid. 1 ; arrêt du TF 7B.20/2005 du 14 septembre 2005 consid. 1.1 non publié *in* ATF 131 III 652 ; arrêt du TF 5C.297/2005 du 7.2.2006 consid. 2.6 ; arrêt du TC-ZH PS160204 du 16.1.2017 consid. 4.4 ; Amonn/Walther, § 48 N. 16 ; BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 266 LP N. 1b et 5 ; CR-Jeandin, art. 266 LP N. 9 ; DIKE-Rüetschi, art. 82 OAOF N. 12 ; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, art. 266 LP N. 4 ; Kren Kostkiewicz, N. 2031 ; KUKO-Stöckli/Possa, art. 266 LP N. 9 ; OFK-Kren Kostkiewicz, art. 266 LP N. 10 ; SK-Schober, art. 266 LP N. 5.

339. DIKE-Rüetschi, art. 82 OAOF N. 12.

340. BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 266 LP N. 1a ; CR-Jeandin, art. 266 LP N. 2 ; DIKE-Rüetschi, art. 82 OAOF N. 2 ; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, art. 266 LP N. 2 ; Kren Kostkiewicz, N. 2026 ; KUKO-Stöckli/Possa, art. 266 LP N. 3 ; SK-Schober, art. 266 LP N. 1 ; Sprecher, N. 619.

341. KUKO-Stöckli/Possa, art. 266 LP N. 3.

342. ATF 94 III 50 consid. 4 ; arrêt du TF 5C.97/2006 du 30.6.2006 consid. 2.3.3 ; arrêt du TC-FR du 17.4.1974, RFJ 1974 p. 95, consid. 2 ; Amonn/Walther, § 48 N. 15 ; CR-Jeandin, art. 266 LP N. 2 ; DIKE-Rüetschi, art. 82 OAOF N. 2 ; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, art. 266 LP N. 2 ; Gilliéron, art. 266 LP N. 9 ; Kren Kostkiewicz, N. 2026 ; KUKO-Stöckli/Possa, art. 266 LP N. 3 ; Stoffel/Chabloz, § 11 N. 29 ; SK-Schober, art. 266 LP N. 1.

343. Gilliéron, art. 266 LP N. 9 ; Sprecher, N. 623 s.

distribution provisoire appartient à l'administration de la faillite et à la seconde assemblée des créanciers[344].

9 Avant de procéder à chaque répartition provisoire, l'administration de la faillite dresse un **tableau de distribution provisoire** qui reste déposé à l'office pendant dix jours (art. 263 al. 1 LP applicable par renvoi de l'art. 266 al. 2 LP ; art. 82 al. 1, 1ère phr. OAOF ; cf. cep. art. 231 al. 3 ch. 4 LP selon lequel il n'est pas nécessaire de déposer le tableau de distribution en cas de liquidation sommaire[345])[346]. Communication de ce dépôt est faite aux créanciers par l'envoi, à chacun, de l'extrait relatif à son dividende (art. 263 al. 2 LP ; art. 266 al. 2 LP ; art. 82 al. 1, 2e phr. OAOF)[347].

10 L'**entrée en force du tableau de distribution provisoire** est une condition préalable à la distribution des deniers (cf. N. 4)[348]. Avant de procéder à la répartition du produit de la faillite entre les créanciers, l'administration de la faillite doit s'assurer qu'il n'a été adressé à l'autorité de surveillance dans le délai légal de dix jours aucune plainte relative au tableau de distribution (art. 88, 1ère phr. OAOF)[349]. Elle attendra la liquidation des plaintes pour procéder à la répartition (art. 88, 2e phr. OAOF). Elle pourra cependant déjà verser les dividendes provisoires qui ne font l'objet d'aucune contestation étant donné l'entrée en force partielle du tableau de distribution provisoire s'agissant de ces répartitions[350].

---

344. Sprecher, N. 616 et 618–620.
345. Heinel, N. 1106.
346. ATF 94 III 50 consid. 4 ; arrêt du TF 5A_82/2017 du 2.5.2017 consid. 2.1 ; décision du TC-GE, DCSO/43/2014 du 6.2.2014 consid. 3.1 ; arrêt du TC-NE du 28.4.1994, RJN 1997 p. 280, consid. 2 ; Amonn/Walther, § 48 N. 18 ; BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 266 LP N. 2 ; CR-Jeandin, art. 266 LP N. 7 ; Défago Gaudin, N. 590 ; DIKE-Rüetschi, art. 82 OAOF N. 9 ss ; Gilliéron, art. 266 LP N. 10 ; Heinel, N. 1099 ; Kren Kostkiewicz, N. 2027 ; KUKO-Stöckli/Possa, art. 266 LP N. 5 ; OFK-Kren Kostkiewicz, art. 266 LP N. 1 ; Sprecher, N. 622.
347. Arrêt du TF 5A_82/2017 du 2.5.2017 consid. 2.1 ; arrêt du TC-TI, 15.2019.28 du 6.9.2019 consid. 3.3 ; décision du TC-GE DCSO/43/2014 du 6.2.2014 consid. 3.1 ; arrêt du TC-NE du 28.4.1994, RJN 1997 p. 280, consid. 2 ; BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 266 LP N. 2 ; CR-Jeandin, art. 266 LP N. 7 ; Gilliéron, art. 266 LP N. 10 ; Kren Kostkiewicz, N. 2027 ; KUKO-Stöckli/Possa, art. 266 LP N. 5 ; OFK-Kren Kostkiewicz, art. 266 LP N. 1 ; Sprecher, N. 622.
348. Amonn/Walther, § 48 N. 17 s. ; BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 266 LP N. 1a ; CR-Jeandin, art. 266 LP N. 7 et 13 ; DIKE-Rüetschi, art. 82 OAOF N. 6 ; KUKO-Stöckli/Possa, art. 266 LP N. 5.
349. ATF 94 III 50 consid. 4 ; arrêt du TC-NE du 28.4.1994, RJN 1997 p. 280, consid. 2 ; Gilliéron, art. 266 LP N. 11 ; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, art. 266 LP N. 2.
350. BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 266 LP N. 1a ; KUKO-Stöckli/Possa, art. 266 LP N. 5.

L'art. 150 LP s'applique par renvoi de l'art. 264 al. 2 LP, si bien que les mêmes règles que celles relatives à la procédure de saisie prévalent concernant la **restitution du titre** de la créance[351]. L'administration de la faillite serait avisée d'exiger l'envoi préalable de ces titres avant de procéder à des distributions provisoires[352]. 11

III. PLAINTE (ART. 17 LP)

Le tableau de distribution provisoire et la décision de procéder à une répartition provisoire sont susceptibles de plainte auprès de l'autorité de surveillance dans les **dix jours** de celui où le plaignant a eu connaissance de la mesure (art. 17 LP)[353]. Le point de départ du délai correspond en principe au jour de la réception par le créancier de la communication prévue aux art. 263 al. 2 LP et art. 82 al. 1 OAOF (N. 9)[354]. Les répartitions provisoires effectuées sans tableau de distribution provisoire sont aussi susceptibles de plaintes (art. 17 LP en lien avec l'art. 241 LP), auquel cas le *dies a quo* du délai de dix jours part dès la connaissance de la mesure[355]. La plainte dirigée seulement contre le tableau de distribution définitif en vue de contester le tableau de distribution provisoire est tardive et, partant, irrecevable[356]. 12

Selon les règles en lien avec l'art. 17 LP, la **qualité pour porter plainte** appartient au(x) **créancier(s)**[357]. Le créancier qui a produit sa créance ou le créancier de la masse a un intérêt digne de protection à s'opposer à une 13

351. Kren Kostkiewicz, N. 2030 ; SK-Schober, art. 266 LP N. 3.
352. SK-Schober, art. 266 LP N. 3.
353. ATF 96 III 35 consid. 2c ; ATF 94 III 50 consid. 5 ; décision du TC-GE DCSO/459/2022 du 10.11.2022 consid. 1.1.1 et 1.2 (pour une plainte irrecevable car tardive) ; décision du TC-GE DCSO/43/2014 du 6.2.2014 consid. 3.1 ; arrêt du TC-ZH PS160204 du 16.1.2017 consid. 4.4 ; BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 266 LP N. 6 ; CR-Jeandin, art. 266 LP N. 11 ; DIKE-Rüetschi, art. 82 OAOF N. 6 et 11 ; Gilliéron, art. 266 LP N. 19 ; Kren Kostkiewicz, N. 2028 ; KUKO-Stöckli/Possa, art. 266 LP N. 10 ; OFK-Kren Kostkiewicz, art. 266 LP N. 7 ; SK-Schober, art. 266 LP N. 3 ; Sprecher, N. 622. Cf. pour le créancier cambiaire : ATF 96 III 35 consid. 2 ; OFK-Kren Kostkiewicz, art. 266 LP N. 9.
354. ATF 94 III 50 consid. 5 ; arrêt du TC-BE ABS 20 170 du 25.8.2020 consid. II.4.4 s. ; BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 266 LP N. 6 ; CR-Jeandin, art. 266 LP N. 11 ; Gilliéron, art. 266 LP N. 19 ; KUKO-Stöckli/Possa, art. 266 LP N. 10.
355. Amonn/Walther, § 6 N. 14 ; DIKE-Rüetschi, art. 82 OAOF N. 12.
356. ATF 94 III 50 consid. 5 ; décision du TC-GE DCSO/43/2014 du 6.2.2014 consid. 3.1 ; Amonn/Walther, § 48 N. 18 ; BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 266 LP N. 6 ; CR-Jeandin, art. 266 LP N. 11 ; Gilliéron, art. 266 LP N. 19 ; KUKO-Stöckli/Possa, art. 266 LP N. 11.

répartition provisoire s'il estime que le dividende de faillite qui lui revient est menacé[358]. Il perd en revanche son intérêt pratique et actuel à porter plainte dès qu'il a été entièrement désintéressé[359].

14 Dans la mesure où, sous réserve de son droit à être consulté sur les productions (art. 244, 2e phr. LP ; OK-Constantin, art. 265 LP N. 12), la loi ne prévoit pas de participation du **débiteur en faillite** à la procédure de vérification et de collocation des créances, sa position juridique n'est pas touchée par le fait qu'un dividende soit versé de manière anticipée à un créancier dans le cadre d'une distribution provisoire au sens de l'art. 266 LP. À défaut d'intérêt juridiquement protégé, le débiteur n'a en principe pas la qualité pour porter plainte et, s'il porte plainte, celle-ci sera déclarée irrecevable[360]. Un intérêt n'existe que si le débiteur en faillite fait valoir que le produit total des réalisations excède le montant total des créances colloquées avec pour conséquence que le paiement à certains créanciers, par distribution provisoire, de montants auxquels ils n'auraient pas droit mettrait en danger le versement en sa faveur de l'excédent de liquidation[361].

15 Les **motifs** pour porter plainte sont les mêmes que ceux invocables contre le tableau de distribution définitif[362]. Cas échéant, le plaignant peut invoquer la

357. Arrêt du TC-ZH PS160204 du 16.1.2017 consid. 4.4 ; BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 266 LP N. 7 ; CR-Jeandin, art. 266 LP N. 12 ; KUKO-Stöckli/Possa, art. 266 LP N. 12 ; OFK-Kren Kostkiewicz, art. 266 LP N. 8.

358. ATF 129 III 595 consid. 1.2 ; ATF 28 I 67 n° 18 ; CR-Jeandin, art. 266 LP N. 12 ; OFK-Kren Kostkiewicz, art. 266 LP N. 8.

359. Arrêt du TF 7B.166/2000 du 4.12.2000 consid. 1a ; arrêt du TC-ZH PS160204 du 16.1.2017 consid. 4.4.

360. ATF 129 III 559 consid. 1.2 ; décision du TC-GE DCSO/459/2022 du 10.11.2022 consid. 1.1.2 et 1.2.3 ; BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 266 LP N. 7 ; CR-Jeandin, art. 266 LP N. 12 ; Gilliéron, art. 266 LP N. 20 ; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, art. 266 LP N. 2 ; Kren Kostkiewicz, N. 2028 ; KUKO-Stöckli/Possa, art. 266 LP N. 12 ; OFK-Kren Kostkiewicz, art. 266 LP N. 8.

361. ATF 129 III 559 consid. 1.2 ; décision du TC-GE DCSO/459/2022 du 10.11.2022 consid. 1.1.2 ; BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 266 LP N. 7 ; CR-Jeandin, art. 266 LP N. 12 ; OFK-Kren Kostkiewicz, art. 266 LP N. 8 ; Kren Kostkiewicz, N. 2028 ; SK-Schober, art. 266 LP N. 2. Cf. pour l'intérêt du débiteur à porter plainte en cas de concordat par abandon d'actifs lorsque le montant de la liquidation est excédentaire : ATF 129 III 595 consid. 1.2 ; ATF 102 III 33 consid. 1.

362. ATF 96 III 35 consid. 2c ; décision du TC-GE DCSO/43/2014 du 6.2.2014 consid. 3.1 ; BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 266 LP N. 6 ; CR-Jeandin, art. 266 LP N. 11 ; KUKO-Stöckli/Possa, art. 266 LP N. 11.

violation de l'art. 82 OAOF si l'administration de la faillite procède à une répartition provisoire sans établir au préalable un tableau de distribution provisoire (N. 12)[363]. Au cas où le débiteur a qualité pour porter plainte (N. 14), ses griefs sont exclusivement limités au fait que le tableau de distribution ne corresponde pas à l'état de collocation et que les circonstances permettant une modification subséquente d'un état de collocation en force ne soient pas réunies[364]. Il n'a pas le droit d'invoquer des questions de droit matériel relatives à l'existence et au montant des créances inscrites au tableau de distribution provisoire[365].

16 La procédure de plainte est **gratuite** (art. 20a al. 2 ch. 5 LP ; art. 61 al. 2 let. a OELP) et il n'est pas alloué de dépens (art. 62 al. 2 OELP)[366].

17 La question de savoir si l'**autorité de surveillance** saisie d'une plainte au sens de l'art. 17 LP a la **compétence de procéder à une répartition provisoire** à la place de l'administration de la faillite est controversée[367]. Certains auteurs considèrent que ce n'est pas le cas compte tenu du droit à l'autodétermination et du pouvoir souverain de la deuxième assemblée des créanciers (art. 253 al. 2 LP)[368] et du risque de fixer des acomptes trop importants faute pour l'autorité de surveillance de disposer d'informations suffisantes par rapport à l'administration de la faillite[369]. Jeandin considère pour sa part que d'autres organes peuvent décider de la distribution provisoire[370]. Je me rallie à ce dernier auteur, en soulignant que l'autorité de surveillance peut procéder à une répartition provisoire à condition de respecter le principe de prudence et de disposer de suffisamment d'informations pour déterminer le montant des dividendes provisoires afin d'éviter une mise en péril de la distribution définitive.

---

363. Amonn/Walther, § 6 N. 14.
364. ATF 129 III 559 consid. 1.2 ; ATF 102 III 155 consid. 2 et 3 ; BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 266 LP N. 7 ; CR-Jeandin, art. 266 LP N. 12 ; KUKO-Stöckli/Possa, art. 266 LP N. 12.
365. ATF 129 III 559 consid. 1.2 ; ATF 102 III 155 consid. 2 et 3 ; décision du TC-GE DCSO/43/2014 du 6.2.2014 consid. 3.1 ; CR-Jeandin, art. 266 LP N. 12.
366. Décision du TC-GE DCSO/459/2022 du 10.11.2022 consid. 3 ; arrêt du TC-ZH PS190208 du 25.11.2019 consid. 5.
367. *Pro* : CR-Jeandin, art. 266 LP N. 2 ; *contra* : KUKO-Stöckli/Possa, art. 266 LP N. 4 ; SK-Schober, art. 266 LP N. 1 ; ne se prononcent pas : BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 266 LP N. 8. Cf. ég. Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, art. 266 LP N. 2.
368. SK-Schober, art. 266 LP N. 1.
369. KUKO-Stöckli/Possa, art. 266 LP N. 4.
370. CR-Jeandin, art. 266 LP N. 2.

BIBLIOGRAPHIE

Amonn Kurt/Walther Fridolin, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9e éd., Berne 2013.

Bernasconi Giorgio, La reconnaissance des faillites et des concordats étrangers dans la pratique judiciaire tessinoise, JdT 2014 II 40–62.

Défago Gaudin Valérie, L'immeuble dans la LP : Indisponibilité et gérance légale, Zurich 2006.

Gilliéron Pierre-Robert, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Loi du 11 avril 1889, texte en vigueur le 1er janvier 1997, Articles 159-270, Lausanne 2001.

Heinel Bastian, Zwangsverwertung von Drittpfändern im Unternehmenskonkurs, Zurich 2022.

Jaeger Carl/Walder Hans Ulrich/Kull Thomas/Kottmann Martin, Commentaire de l'art. 266 LP, in : Jaeger Carl et al. (édit.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band II, Art. 159-292, 4e éd., Zurich 1999.

Jeandin Nicolas, Commentaire de l'art. 266 LP, in : Foëx Benedict/Jeandin Nicolas/Braconi Andrea/Benoît Chappuis (édit.), Commentaire romand, Poursuite et faillite, Commentaire de la loi de la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi sur le droit international privé, 2e éd., Bâle 2025.

Kren Kostkiewicz Jolanta, Commentaire de l'art. 266 LP, in : Kren Kostkiewicz (édit.), Orell Füssli Kommentar, SchKG Kommentar, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen, 20e éd., Zurich 2020.

Kren Kostkiewicz Jolanta, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 4e éd., Zurich 2024.

Marchand Sylvain/Hari Olivier, Précis de droit des poursuites, 3e éd., Zurich 2022.

Rüetschi David, Commentaire de l'art. 82 OAOF, in : Milani Dominik/Wohlgemuth Marc (édit.), DIKE Kommentar, Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter (KOV), Zurich et al. 2016.

Sprecher Thomas, Der Gläubigerausschuss im schweizerischen Konkursverfahren und im Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung, Zurich et al. 2003.

Stöckli Kurt/Possa Philipp, Commentaire de l'art. 266 LP, in : Hunkeler Daniel (édit.), Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Kurzkommentar, 3e éd., Bâle 2025.

Stoffel Walter/Chabloz Isabelle, Voies d'exécution, 3e éd., Berne 2016.

Stojiljkovic Mladen/Staehelin Matthias, Commentaire de l'art. 266 LP, in : Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (édit.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, vol. II, 3e éd., Bâle 2021.

Schober Roger, Commentaire de l'art. 266 LP, in : Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik (édit.), Schulthess Kommentar, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, 4e éd., Zurich 2017.

COMMENTAIRE

Art. 267 LP

Un commentaire de Arnaud Constantin

PROPOSITION DE CITATION

Arnaud Constantin, Commentaire de l'art. 267 LP, in: Pasquier Bruno/Heinzmann Michel (édit.), Commentaire en ligne de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite

Citation abrégée: OK-Constantin, art. 267 LP N. XXX.

G. Créances non produites

Art. 267

Les créances dont les titulaires n'ont pas participé à la faillite sont soumises aux mêmes restrictions que celles pour lesquelles un acte de défaut de biens a été délivré.

TABLE DES MATIÈRES

I. Ratio legis 279
II. Champ d'application 279
III. Effets 282
Bibliographie 285

I. RATIO LEGIS

Les créanciers qui n'ont pas participé à la faillite ne reçoivent pas d'acte de défaut de biens (OK-Constantin, art. 265 LP N. 2)[371]. L'absence ou le défaut de production dans la faillite ne leur procure cependant aucun avantage compte tenu de l'art. 267 LP[372]. Le **but** de la norme est d'inciter les créanciers à produire leurs créances dans la faillite et à ne pas tenter d'échapper à ses effets négatifs (OK-Constantin, art. 265 LP N. 22 ss)[373]. 1

L'art. 267 LP concrétise aussi une certaine **égalité de traitement** entre les créanciers qui ont produit leurs créances dans la faillite et ceux qui ont omis de le faire (fût-ce de manière négligente ou volontaire[374]), ceux qui ont produit leurs créances tardivement et ceux qui ont été écartés de la procédure. Il s'agit d'éviter que les créances tardives ou qui n'ont pas été colloquées soient privilégiées par rapport aux créances régulièrement produites dans la faillite et pour lesquelles un acte de défaut de biens a été délivré eu égard à l'insuffisance du produit de liquidation[375]. 2

II. CHAMP D'APPLICATION

L'art. 267 LP règle le sort des créances **nées avant ou par la faillite**, mais pour lesquelles **aucun acte de défaut de biens** n'a été délivré faute de participation du créancier à la procédure de faillite[376]. Il entre en ligne de 3

371. BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 267 LP N. 3 ; Jeandin, SJ 1997 p. 303 ; KUKO-Näf, art. 267 LP N. 1.
372. ATF 59 III 233 consid. 1 ; arrêt du TF 5A_684/2018 du 24.7.2019 consid. 8.2.
373. ATF 45 III 226 consid. 1 ; arrêt du TC-GR du 29.11.2005, PKG 2006 p. 91, consid. 2b ; Pasquier, N. 184.
374. Arrêt du TF 5A_679/2018 du 17.6.2019 consid. 3.2.3 ; CR-Jeandin, art. 267 LP N. 2 ; Gilliéron, art. 267 LP N. 6 ; SK-Schober, art. 267 LP N. 3.
375. ATF 45 III 226 consid. 1 ; arrêt du TC-GR du 29.11.2005, PKG 2006 p. 91, consid. 2b ; Braconi, p. 70 N. 7.2 ; BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 267 LP N. 1 ; CR-Jeandin, art. 267 LP N. 3 ; KUKO-Näf, art. 267 LP N. 2 ; Pasquier, N. 184.
376. ATF 40 III 464 consid. 2 ; arrêt du TC-ZH RT150135 du 7.8.2015 consid. 2.d.da ; BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 267 LP N. 1 s. ; CR-Jeandin, art. 267 LP N. 1 ; Gilliéron, art. 267 LP N. 6 ; Gut/Rajower/Sonnenmoser, p. 538 ; KUKO-Näf, art. 267 LP N. 3 ; Marchand/Hari, N. 733 ; Muster, p. 4 ; OFK-Kren Kostkiewicz, art. 267 LP N. 1. Pour les créances nées après l'ouverture de la faillite : arrêt de la CJ-GE DCSO/522/2022 du 16.12.2022 consid. 2.2 ; arrêt du TC-ZH PS190113 du 2.8.2019 consid. 6.

compte seulement si la procédure de faillite est clôturée, qu'elle a été liquidée en la forme ordinaire (art. 221 ss LP) ou sommaire (art. 231 LP) et que les créanciers qui ont produit leurs créances ont eux-mêmes subi une perte attestée par un acte de défaut de biens (art. 265 LP en lien avec l'art. 96 let. c OAOF ; cf. N. 1 ; OK-Constantin, art. 265 LP N. 2)[377].

4 Chaque créance qui aurait pu être produite lors de la procédure de faillite et susceptible d'entrer dans la masse passive au sens des **art. 197 et 208 ss LP** est visée[378]. Sont également concernées les créances qui ont pour objet une prestation autre que le versement d'une somme d'argent compte tenu de leur transformation en créance de valeur équivalente selon l'art. 211 al. 1 LP[379]. Les créances de droit public, à l'instar de la créance d'une caisse de compensation ou d'une créance fiscale, sont elles aussi visées[380].

5 L'art. 267 LP s'applique à **condition** que l'ex-failli conserve la qualité de débiteur de la créance après la clôture de la procédure de faillite, ce qui suppose que sa personnalité juridique survive[381]. Ce n'est pas le cas d'une personne morale, radiée d'office du registre du commerce lorsque la faillite est close par décision judiciaire (art. 159a al. 1 let. b ORC)[382]. La qualité de débiteur ne passe pas non plus aux héritiers qui ont répudié la succession (art. 566 ss CC ; cf. ég. OK-Constantin, art. 265a LP N. 2)[383]. Dans cette dernière constellation, les héritiers ou les hoirs ne répondent pas du découvert et l'art. 267 LP ne s'applique pas (cf. OK-Constantin, art. 265a LP N. 2 *i.f.*)[384].

---

377. Arrêt du TC-GR du 29.11.2005, PKG 2006 p. 91, consid. 2b ; Amonn/Walther, § 48 N. 30 ; BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 267 LP N. 5 s. ; CR-Jeandin, art. 267 LP N. 1 et les arrêts cantonaux cités ; Kren Kostkiewicz, N. 2033 ; KUKO-Näf, art. 267 LP N. 2.
378. CR-Jeandin, art. 267 LP N. 1 ; Gut/Rajower/Sonnenmoser, p. 538 ; SK-Schober, art. 267 LP N. 1. Cf. pour les créances soumises à condition suspensive : art. 264 al. 3 LP ; art. 82 al. 2 OAOF ; BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 267 LP N. 2.
379. BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 267 LP N. 6 ; CR-Jeandin, art. 267 LP N. 7 ; KUKO-Näf, art. 267 LP N. 3 ; Pasquier, N. 326 ; SK-Schober, art. 267 LP N. 4.
380. BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 267 LP N. 2 ; Escher/Levante, p. 746.
381. BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 267 LP N. 2 ; CR-Jeandin, art. 267 LP N. 6 ; Kren Kostkiewicz, N. 2033 ; KUKO-Näf, art. 267 LP N. 2.
382. ATF 132 III 731 consid. 3.1 ; arrêt du TF 4A_188/2008 du 9.9.2008 consid. 4.4 ; BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 267 LP N. 2 ; CR-Jeandin, art. 267 LP N. 6 ; KUKO-Näf, art. 267 LP N. 2.
383. BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 267 LP N. 2 ; CR-Jeandin, art. 267 LP N. 6 ; Gilliéron, art. 267 LP N. 11 ; KUKO-Näf, art. 267 LP N. 2. Cf. spécifiquement en cas de répudiation de la succession : SK-Schober, art. 267 LP N. 5.

L'art. 267 LP vise en particulier les créances qui n'ont **pas été produites** dans le délai de l'art. 232 al. 2 ch. 2 LP ou qui l'ont été tardivement au sens de l'art. 251 LP, tout comme les créances dont la production a été **retirée** par le créancier ou qui ont été produites, mais dont la **collocation a été refusée**[385]. L'existence matérielle de la créance n'est pas affectée par l'absence de participation à la procédure de faillite ni par le rejet d'une production ; le créancier n'ayant simplement pas le droit de prendre part à la distribution des deniers dans la procédure de faillite au rang qui lui serait attribué[386]. Le Tribunal fédéral a récemment confirmé que sont également soumis à l'art. 267 LP les créanciers qui n'ont pas participé à la procédure de faillite, mais qui ont reçu antérieurement à cette procédure un **acte de défaut de biens après saisie**[387]. Ainsi, un créancier au bénéfice d'un acte de défaut de biens après saisie peut produire sa créance dans la faillite subséquente de son débiteur et obtenir un acte de défaut de biens après faillite, ou, s'il ne la produit pas, rester au bénéfice d'un acte de défaut de biens après saisie, lequel sera soumis à l'art. 267 LP[388]. 6

Le **créancier-gagiste** qui détient des biens du débiteur failli et qui ne les a pas mis à disposition de l'office en application de l'art. 232 al. 2 ch. 4 LP est déchu de ses droits de préférence[389]. S'il n'a pas participé à la procédure de faillite, sa créance, qui ne jouit plus d'un privilège, tombe en outre dans le champ d'application de l'art. 267 LP[390]. Si le privilège du créancier-gagiste est 7

384. CR-Jeandin, art. 267 LP N. 6 ; Gilliéron, art. 267 LP N. 11 ; Gilliéron, JdT 2009 II 97 n° 105 ; SK-Schober, art. 267 LP N. 5.

385. Arrêt du TF 5A_169/2008 du 29.1.2009 consid. 2.3.1 ; arrêt du TF 5A_515/2007 du 14.1.2008 consid. 2.1 ; arrêt du TC-ZH RT150135 du 7.8.2015 consid. 2.d.da ; Braconi, p. 71 N. 7.2 ; BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 267 LP N. 3 (qui citent aussi l'exemple de la non-reconnaissance de l'état de collocation étranger) ; CR-Jeandin, art. 267 LP N. 2 ; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, art. 267 LP N. 1 s. ; Kren Kostkiewicz, N. 2033 ; KUKO-Näf, art. 267 LP N. 1 ; OFK-Kren Kostkiewicz, art. 267 LP N. 1 ; Stoffel/Chabloz, § 11 N. 138.

386. ATF 122 III 195 consid. 9b ; ATF 119 III 124 consid. 2b ; arrêt du TF 5A_169/2008 du 29.1.2009 consid. 2.3.1 ; arrêt du TF 5A_515/2007 du 14.1.2008 consid. 2.1 ; arrêt du TC-ZH RT150135 du 7.8.2015 consid. 2.d.da ; Braconi, p. 70 N. 7.2 et p. 122 N. 2.2 ; BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 267 LP N. 3 ; CR-Jeandin, art. 267 LP N. 2 ; KUKO-Näf, art. 267 LP N. 1 ; OFK-Kren Kostkiewicz, art. 267 LP N. 2.

387. Arrêt du TF 5A_679/2018 du 17.6.2019 consid. 3.2.3 ; arrêt du TC-SO SCBES.2024.2 du 5.2.2024 consid. II.2.2 ; arrêt de la CJ-GE du 2.4.2009, SJ 2009 I 425, consid. 1.1 ; KUKO-Näf, art. 267 LP N. 3 ; SK-Schober, art. 267 LP N. 3.

388. Arrêt du TC-VD du 20.8.1991, RSJ 1992 p. 298.

389. BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 267 LP N. 4 ; CR-Jeandin, art. 267 LP N. 5 ; KUKO-Näf, art. 267 LP N. 3 ; SK-Schober, art. 267 LP N. 2.

maintenu, par exemple si l'absence de mise à disposition est excusable (art. 232 al. 2 ch. 4 *i.f.* LP), l'art. 269 LP relatif aux biens découverts après la clôture de la faillite permet au créancier de conserver son droit de préférence. Dans cette hypothèse, le créancier-gagiste peut intenter une poursuite en réalisation de gage à condition que le gage n'a pas été liquidé dans la faillite[391]. Le surplus non couvert tombera sous le coup de l'art. 267 LP faute de participation à la faillite[392].

8 Sont **exclus** du champ d'application de l'art. 267 LP les créanciers dont la créance est née après l'ouverture de la faillite,[393] les créanciers qui ont un droit de revendication (à faire valoir au sens de l'art. 242 LP)[394] et les créanciers d'une faillite suspendue faute d'actifs (art. 230 LP ; cf. OK-Constantin, art. 265 LP N. 5)[395]. L'art. 267 LP ne s'applique pas non plus lorsque la faillite est révoquée (art. 195 LP ; OK-Constantin, art. 265a LP N. 13)[396]. Les frais de procédure au sens de l'art. 262 LP sont des créances de la masse, lesquelles n'entrent pas dans le champ d'application de l'art. 267 LP et ne sont pas colloqués (cf. OK-Constantin, art. 265 LP N. 5)[397].

III. EFFETS

9 Les créanciers qui ne participent pas à la faillite n'ont pas pris part à la distribution des deniers et ne peuvent pas prétendre à un dividende de faillite[398]. Conformément à l'art. 267 LP, leurs créances sont **assimilées** à celles pour lesquelles un acte de défaut de biens après faillite a été délivré[399].

---

390. BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 267 LP N. 4 ; CR-Jeandin, art. 267 LP N. 5 ; SK-Schober, art. 267 LP N. 2.
391. SK-Schober, art. 267 LP N. 2.
392. BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 267 LP N. 4 ; CR-Jeandin, art. 267 LP N. 5 ; SK-Schober, art. 267 LP N. 2.
393. Braconi, p. 70 n° 110 ; SK-Schober, art. 267 LP N. 1.
394. CR-Jeandin, art. 267 LP N. 4 ; SK-Schober, art. 267 LP N. 1.
395. CR-Jeandin, art. 267 LP N. 3 ; BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 267 LP N. 5a ; Jeandin, SJ 1997 p. 303 ; Kren Kostkiewicz, N. 2048.
396. BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 267 LP N. 5a ; CR-Jeandin, art. 267 LP N. 3.
397. Braconi, p. 70 n° 110 ; BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 267 LP N. 2 ; CR-Jeandin, art. 267 LP N. 4 ; SK-Schober, art. 267 LP N. 1.
398. Amonn/Walther, § 48 N. 30 ; CR-Jeandin, art. 267 LP N. 20 ; OFK-Kren Kostkiewicz, art. 267 LP N. 2.
399. Arrêt du TF 5A_684/2018 du 24.7.2019 consid. 8.2 ; OFK-Kren Kostkiewicz, art. 267 LP N. 2 s.

Les créances concernées sont soumises aux **mêmes restrictions** que celles pour lesquelles un acte de défaut de biens après faillite existe[400]. Les restrictions valent aussi pour les créances pour lesquelles il existe un acte de défaut de biens après saisie[401]. Ces créances ne portent plus intérêt (art. 209 al. 1 LP) ;[402] l'absence d'intérêt étant opposable par le débiteur en toutes circonstances. La continuation de la poursuite est en outre conditionnée au retour à meilleure fortune du débiteur (art. 265 et 265a LP ; cf. OK-Constantin, art. 265 LP N. 6 et 22 ss)[403]. Si le débiteur est revenu à meilleure fortune, le créancier peut introduire une poursuite pour l'entier de la créance et non pas seulement à concurrence du dividende qu'il aurait perçu dans la faillite (OK-Constantin, art. 265 LP N. 1)[404]. 10

Si les effets sont similaires s'agissant des restrictions, les avantages conférés par l'acte de défaut de biens ne s'appliquent en revanche qu'aux créanciers 11

400. Arrêt du TF 5A_679/2018 du 17.6.2019 consid. 3.2.3 ; arrêt du TF 5A_169/2008 du 29.1.2009 consid. 2.3.1 ; arrêt de la CJ-GE ATA/849/2022 du 23.8.2022 consid. 10.b ; arrêt du TC-NE du 26.2.2016, RJN 2016 p. 618, consid. 1b ; arrêt du TC-ZH PS160088 du 13.6.2016 consid. 2 ; arrêt du TC-ZH RT150135 du 7.8.2015 consid. 2.d.da ; arrêt du TC-FR 101 2012-133 du 21.2.2013 consid. 2b ; arrêt du TC-GR du 29.11.2005, PKG 2006 p. 91, consid. 2b ; arrêt du TC-VD du 20.8.1991, RSJ 1992 p. 298 ; Braconi, p. 70 N. 7.2 et p. 122 N. 2.2 ; CR-Jeandin, art. 267 LP N. 7 ; Jeandin, SJ 1997 p. 303 ; Pasquier, N. 251 ; Stoffel/Chabloz, § 11 N. 138.

401. Arrêt du TF 5A_118/2024 du 21.5.2024, BlSchK 2024 p. 182, Note de la rédaction.

402. ATF 45 III 226 consid. 1 ; arrêt du TF 5A_679/2018 du 17.6.2019 consid. 3.2.3 ; arrêt du TF 5A_515/2007 du 14.1.2008 consid. 2.1 ; arrêt du TC-NE du 26.2.2016, RJN 2016 p. 618, consid. 4 ; arrêt du TC-GR du 29.11.2005, PKG 2006 p. 91, consid. 2b ; Amonn/Walther, § 48 N. 30 ; Braconi, p. 70 s. N. 7.2 ; BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 267 LP N. 6 ; CR-Jeandin, art. 267 LP N. 7 ; Gilliéron, art. 267 LP N. 9 ; Jeandin, SJ 1997 p. 303 ; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, art. 267 LP N. 4 ; Kren Kostkiewicz, N. 2033 ; KUKO-Näf, art. 267 LP N. 4 ; Muster, p. 4 ; Pasquier, N. 311 et 317 ; SK-Schober, art. 267 LP N. 4 ; Stoffel/Chabloz, § 11 N. 138.

403. ATF 72 III 83 consid. 4 ; ATF 45 III 226 consid. 1 ; arrêt du TF 5A_679/2018 du 17.6.2019 consid. 3.2.3 ; arrêt du TF 5A_415/2017 du 18.12.2017 consid. 3.2 ; arrêt du TF 5A_167/2010 du 27.4.2010 consid. 2.1 ; arrêt du TF 5A_169/2008 du 29.1.2009 consid. 2.3.1 ; arrêt du TF 5A_515/2007 du 14.1.2008 consid. 2.1 ; arrêt du TC-ZH PS190113 du 2.8.2019 consid. 6 ; arrêt du TC-GR du 29.11.2005, PKG 2006 p. 91, consid. 2b ; Amonn/Walther, § 48 N. 30 ; Braconi, p. 71 N. 7.2 ; Brönnimann, p. 47 ; BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 267 LP N. 6 ; CR-Jeandin, art. 265 LP N. 19 et art. 267 LP N. 7 ; Gilliéron, art. 267 LP N. 7 ; Gut/Rajower/Sonnenmoser, p. 538 ; Jeandin, SJ 1997 p. 303 ; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, art. 267 LP N. 4 ; Kren Kostkiewicz, N. 2033 et 2039 ; KUKO-Näf, art. 267 LP N. 4 ; Muster, p. 4 ; OFK-Kren Kostkiewicz, art. 267 LP N. 3 ; SK-Schober, art. 267 LP N. 4 ; Stoffel/Chabloz, § 11 N. 138.

404. Braconi, p. 70 N. 7.2 ; BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 267 LP N. 7 ; Escher/Levante, p. 746 ; SK-Schober, art. 267 LP N. 4. Cf. ég. OFK-Kren Kostkiewicz, art. 267 LP N. 4.

qui ont participé à la procédure de faillite[405]. Le fait qu'il n'existe pas d'acte de défaut de biens pour les créances visées par l'art. 267 LP empêche ainsi leur titulaire de requérir un **séquestre** au sens de l'art. 271 al. 1 ch. 5 LP (comp. OK-Constantin, art. 265 LP N. 9)[406]. Le créancier ne peut pas non plus requérir la cession en sa faveur d'une **prétention révocatoire** au sens de l'art. 285 al. 2 ch. 2 LP (comp. OK-Constantin, art. 265 LP N. 20)[407] ou participer à la distribution du produit de réalisation des biens découverts après la clôture de la faillite (art. 269 LP)[408].

12 Les créances visées par l'art. 267 LP ne sont pas soumises au délai de **prescription** de vingt ans dès la délivrance de l'acte de défaut de biens (art. 149a al. 1 LP applicable par le renvoi de l'art. 265 al. 2, 1ère phr. LP ; OK-Constantin, art. 265 LP N. 8)[409]. Elles se prescrivent selon les délais de prescription « ordinaires », notamment ceux des art. 127 et 128 CO[410]. Lorsque la créance produite à temps par le créancier a été écartée, si bien qu'il n'a pas reçu d'acte de défaut de biens, le délai de prescription est interrompu par l'intervention dans la faillite. Selon l'art. 138 al. 3 CO, la prescription recommence dans ce cas à courir dès le moment où il est de nouveau possible de faire valoir la créance[411]. L'acquisition de la prescription est l'un des motifs permettant la radiation d'un acte de défaut de biens, notamment si un tel acte après saisie a été émis et que le créancier n'a pas participé à la procédure de faillite[412]. Le Tribunal fédéral a récemment confirmé que, dans cette dernière

405. Amonn/Walther, § 48 N. 30 ; Kren Kostkiewicz, N. 2034.
406. Arrêt du TF 5A_679/2018 du 17.6.2019 consid. 3.2.3 ; Amonn/Walther, § 48 N. 30 ; Braconi, p. 71 N. 7.2 ; CR-Jeandin, art. 267 LP N. 10 ; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, art. 267 LP N. 4 ; Gilliéron, art. 267 LP N. 8 ; Jeandin, SJ 1997 p. 303 ; KUKO-Näf, art. 267 LP N. 5 ; OFK-Kren Kostkiewicz, art. 267 LP N. 3 ; SK-Schober, art. 267 LP N. 4. Cf. ég. BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 267 LP N. 6.
407. Arrêt du TF 5A_679/2018 du 17.6.2019 consid. 3.2.3 ; Braconi, p. 71 N. 7.2 ; CR-Jeandin, art. 267 LP N. 10 ; Jeandin, SJ 1997 p. 303 ; OFK-Kren Kostkiewicz, art. 267 LP N. 3 ; SK-Schober, art. 267 LP N. 4.
408. Braconi, p. 71 N. 7.2 ; KUKO-Näf, art. 267 LP N. 1.
409. Amonn/Walther, § 48 N. 30 ; BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 267 LP N. 7 ; CR-Jeandin, art. 267 LP N. 9 ; Gilliéron, art. 267 LP N. 10 ; Jeandin, SJ 1997 p. 303 ; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, art. 267 LP N. 4 ; KUKO-Näf, art. 267 LP N. 5 ; Muster, p. 4 ; SK-Schober, art. 267 LP N. 4.
410. Braconi, p. 71 s. N. 7.2 et 8.1 s. ; BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 267 LP N. 7 ; CR-Jeandin, art. 267 LP N. 9 ; Gilliéron, art. 267 LP N. 10 ; Jeandin, SJ 1997 p. 303 ; KUKO-Näf, art. 267 LP N. 5.
411. BSK-Stojiljkovic/Staehelin, art. 267 LP N. 7 ; CR-Jeandin, art. 267 LP N. 9.
412. Arrêt du TF 5A_679/2018 du 17.6.2019 consid. 3.2.3.

constellation, l'art. 267 LP ne permet pas de déduire un droit à la radiation des actes de défaut de biens après saisie pour les créances non produites dans la faillite[413]. De tels actes n'ont pas à être radiés s'ils n'ont pas fait l'objet d'un acte de défaut de biens après faillite (cf. ég. OK-Constantin, art. 265 LP N. 4 et 10)[414].

BIBLIOGRAPHIE

Amonn Kurt/Walther Fridolin, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9e éd., Berne 2013.

Braconi Andrea, La collocation des créances en droit international suisse dans la faillite, Zurich 2005.

Brönnimann Jürgen, Zur Verrechnung mit einer Konkursverlustscheinsforderung, in : Riemer Hans Michael/Kuhn Moritz/Vock Dominik/Gehri Myriam (édit.), Schweizerisches und Internationales Zwangsvollstreckungsrecht, Festschrift für Karl Spühler zum 70. Geburtstag, Zurich 2005, p. 45–54.

Escher Elisabeth/Levante Marco, Schnittstellen zwischen SchKG und Verwaltungsrecht, PCEF 2021, p. 737–748.

Gilliéron Pierre-Robert, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Loi du 11 avril 1889, texte en vigueur le 1er janvier 1997, Articles 159-270, Lausanne 2001.

Gilliéron Pierre-Robert, L'exécution forcée ayant pour objet une somme d'argent ou des sûretés à fournir opérée par la poursuite pour dettes contre une communauté héréditaire, JdT 2009 II 97–106.

Gut Beat/Rajower Felix/Sonnenmoser Brigitta, Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens, unter besonderer Berücksichtigung der zürcherischen Praxis, PJA 1998, p. 529–546.

413. Arrêt du TF 5A_118/2024 du 21.5.2024 consid. 5.2 ; arrêt du TF 5A_679/2018 du 17.6.2019 consid. 3.2.3. Cf. ég. OFK-Kren Kostkiewicz, art. 267 LP N. 4.

414. Arrêt du TF 5A_118/2024 du 21.5.2024 consid. 5.2 ; arrêt du TF 5A_679/2018 du 17.6.2019 consid. 3.2.3.

Jaeger Carl/Walder Hans Ulrich/Kull Thomas/Kottmann Martin, Commentaire de l'art. 267 LP, in : Jaeger Carl et al. (édit.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band II, Art. 159-292, 4e éd., Zurich 1999.

Jeandin Nicolas, Actes de défaut de biens et retour à meilleure fortune selon le nouveau droit, SJ 1997, p. 261–309.

Jeandin Nicolas, Commentaire de l'art. 267 LP, in : Foëx Benedict/Jeandin Nicolas/Braconi Andrea/Benoît Chappuis (édit.), Commentaire romand, Poursuite et faillite, Commentaire de la loi de la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi sur le droit international privé, 2e éd., Bâle 2025.

Kren Kostkiewicz Jolanta, Commentaire de l'art. 267 LP, in : Kren Kostkiewicz (édit.), Orell Füssli Kommentar, SchKG Kommentar, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen, 20e éd., Zurich 2020.

Kren Kostkiewicz Jolanta, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 4e éd., Zurich 2024.

Marchand Sylvain/Hari Olivier, Précis de droit des poursuites, 3e éd., Zurich 2022.

Muster Eric, Le retour à meilleure fortune : un état des lieux, BlSchK 2013, p. 1–19.

Näf Guido/Peyer Daniel, Commentaire de l'art. 267 LP, in : Hunkeler Daniel (édit.), Kurzkommentar, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, 3e éd., Bâle 2025.

Pasquier Bruno, Konkurs- und Schuldrecht, Grundfragen zum gegenseitigen Verhältnis, Zurich 2020.

Schober Roger, Commentaire de l'art. 267 LP, in : Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik (édit.), Schulthess Kommentar, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, 4e éd., Zurich 2017.

Stoffel Walter/Chabloz Isabelle, Voies d'exécution, 3e éd., Berne 2016.

Stojiljkovic Mladen/Staehelin Matthias, Commentaire de l'art. 267 LP, in : Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (édit.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, vol. II, 3e éd., Bâle 2021.