REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1410/2021-CS **DCSO/314/21**

DECISION

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre de surveillance
des Offices des poursuites et faillites

DU JEUDI 12 AOÛT 2021

Plainte 17 LP (A/1410/2021-CS) formée en date du 23 avril 2021 par **A_____**, élisant domicile en l'étude de Me Maude STUDEMANN, avocate.

* * * * *

Décision communiquée par courrier A à l'Office concerné et par plis recommandés du greffier du **12 août 2021** à :

- **A_____**
  c/o Me STUDEMANN Maude
  PORTMANN VENTURA
  Avenue de la Gare 52
  Case postale 1136
  1001 Lausanne.

- **B_____**
  c/o Me KUONEN Nicolas
  Tavernier Tschanz
  Rue Toepffer 11 bis
  1206 Genève.

- **Office cantonal des poursuites**.

EN FAIT

A. **a.** Le 3 septembre 2019, B_____ a engagé à l'encontre de A_____, domicilié rue 2_____ [no.] _____, [code postal] Genève, une poursuite ordinaire en paiement de 161'321 fr. 90 au titre de "solde négatif sur compte".

b. Le 13 septembre 2019, l'Office cantonal des poursuites (ci-après: l'Office) a édité un commandement de payer, poursuite n° 1_____, lequel reprenait les indications figurant sur la réquisition de poursuite. Remis à la Poste en vue d'une notification par un agent postal, cet acte a été retourné non notifié à l'Office avec la mention "non réclamé", après trois tentatives de distribution et une convocation entre le 1er et le 8 octobre 2019.

c. Par courrier du 28 octobre 2019, communiqué par pli A+, A_____ a été sommé de venir retirer au guichet de l'Office le commandement de payer, et ce dans un délai de dix jours. A défaut, l'Office pourrait avoir recours à la force publique ou procéder par voie édictale.

d. Le 3 décembre 2019, un collaborateur de l'Office est passé au domicile du poursuivi et a constaté que son nom figurait bien sur la porte ainsi que sur la boîte aux lettres. Il y a déposé un avis de passage, lequel mentionnait l'imminence d'une publication.

e. Le 5 décembre 2019, l'Office a informé B_____ de l'échec des démarches accomplies pour notifier le commandement de payer. La poursuivante était invitée à confirmer qu'elle acceptait de supporter les frais d'une publication et à communiquer à l'Office toute information permettant d'atteindre le poursuivi.

f. Le _____ 2020, l'Office a édité un nouvel exemplaire du commandement de payer, poursuite n° 1_____, qui a été publié dans la FAO et la FOSC le même jour.

g. Par courrier du 12 avril 2021, A_____ a formé opposition à la poursuite n° 1_____.

h. Par décision du 13 avril 2021, l'Office a refusé de prendre en considération l'opposition formée le 12 avril 2021, et ce en raison de sa tardiveté, le délai d'opposition au commandement de payer, poursuite n° 1_____, ayant expiré le _____ 2020 (dix jours après la publication).

B. **a.** Par acte adressé le 23 avril 2021 à la Chambre de surveillance, A_____ a formé une plainte au sens de l'art. 17 LP contre la décision de l'Office du 13 avril 2021, qu'il avait reçue le 16 avril 2021.

Il n'avait eu connaissance du commandement de payer considéré que le 12 avril 2021, lorsqu'il s'était entretenu avec un collaborateur de l'Office (nommément désigné). C'était à tort que l'Office avait procédé par voie édictale, alors que les conditions de l'art. 66 al. 4 LP n'étaient pas réunies. Il était domicilié à Genève et

son adresse était connue des autorités. Il n'avait jamais eu l'intention de se soustraire à la notification.

De plus, l'Office, qui était en possession d'une procuration qu'il avait donnée à un avocat, aurait pu contacter ce dernier, avant de procéder par voie édictale.

b. Par ordonnance du 3 mai 2021, la Chambre de surveillance a octroyé à la plainte l'effet suspensif requis par le plaignant.

c. Dans ses observations, l'Office, après avoir exposé le déroulement du processus de notification du commandement de payer, a indiqué qu'il n'avait aucun doute quant au domicile du débiteur, auquel plusieurs actes avaient été notifiés à la même adresse "dans les mois précédents". L'Office n'avait pas eu connaissance d'une procuration en faveur d'un avocat dans le dossier considéré.

d. B_____ a conclu au rejet de la plainte.

Le 14 janvier 2020, A_____ avait envoyé un courriel à la banque, dans lequel il faisait référence à un processus de recouvrement, pour un montant de "160k CHF" et demandait à B_____ de lui accorder une "facilité de découvert" (overdraft facility).

Pour B_____, ce message prouvait clairement que le poursuivi avait connaissance de l'existence de la poursuite à tout le moins depuis le 14 janvier 2020. C'était à dessein qu'il ne s'était pas manifesté auprès de l'Office, afin de se soustraire à la notification. C'était à raison que l'Office avait donc procédé par voie de publication, comme il l'avait déjà fait par le passé. Enfin, la procuration en faveur d'un avocat, jointe à la plainte, concernait une procédure pénale et n'avait pas été portée à la connaissance de l'Office, lequel n'avait ainsi aucune raison de contacter l'avocat en vue de notifier le commandement de payer.

e. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. **1.1.1** La Chambre de surveillance est compétente pour statuer sur les plaintes formées en application de la LP (art. 13 al. 1 LP; 6 al. 1 et 3 et 7 al. 1 LaLP; 125 et 126 al. 1 let. a et al. 2 let. c LOJ) contre des mesures de l'office non attaquables par la voie judiciaire (art. 17 al. 1 LP).

La qualité pour porter plainte selon l'art. 17 LP - condition de recevabilité devant être examinée d'office (GILLIERON, Commentaire LP, n. 140 ad art. 17 LP) - est reconnue à toute personne lésée ou exposée à l'être dans ses intérêts juridiquement protégés, ou à tout le moins atteinte dans ses intérêts de fait, par une mesure ou une omission d'un organe de la poursuite (ATF 138 III 219 consid. 2.3; 129 III 595 consid. 3, JT 2004 II 96; 120 III 42 consid. 3).

La plainte doit être déposée, sous forme écrite et motivée (art. 9 al. 1 et 2 LaLP; art. 65 al. 1 et 2 LPA, applicable par renvoi de l'art. 9 al. 4 LaLP), dans les dix jours de celui où le plaignant a eu connaissance de la mesure (art. 17 al. 2 LP).

Elle peut également être déposée en tout temps en cas de nullité de l'acte contesté (art. 22 al. 1 LP), de retard à statuer et de déni de justice (art. 17 al. 3 LP). La motivation peut être sommaire mais doit permettre à l'autorité de surveillance de comprendre les griefs soulevés par la partie plaignante ainsi que ce qu'elle demande (Erard, op. cit., n° 32 et 33 ad art. 17 LP).

1.1.2 Un commandement de payer notifié par voie édictale sans que soient réunies les conditions nécessaires à une telle notification ne peut pas être considéré comme nul, mais doit être contesté par la voie d'une plainte à l'autorité de surveillance dans le délai de dix jours prévu par l'art. 17 al. 2 LP (ATF 136 III 571 consid. 6.1).

Ce n'est que si l'acte n'est pas du tout parvenu en mains du poursuivi que la poursuite est absolument nulle, et que sa nullité peut et doit être constatée en tout temps. Si, malgré le vice de la notification, le commandement de payer est néanmoins parvenu en mains du poursuivi, il produit ses effets dès que celui-ci en a eu connaissance; dans un tel cas, le délai pour porter plainte (contre la notification), ou pour former opposition, commence à courir du moment où le poursuivi a eu effectivement connaissance de l'acte (ATF 128 III 101 consid. 2, 465 consid. 1; 120 III 114 consid. 3b; 112 III 81 consid. 2b; arrêts 5A_843/2016 du 31 janvier 2017 consid. 4.4 et les références; 5A_30/2012 du 12 avril 2012 consid. 3; 5A_6/2008 du 5 février 2008 consid. 3.2).

1.2.1 En l'espèce, la plainte formée par pli recommandé du 23 avril 2021 l'a été plus de dix jours après que le plaignant, selon ses déclarations, a effectivement pris connaissance, le 12 avril 2021, du commandement de payer notifié par voie édictale. La plainte est donc tardive en tant qu'elle serait dirigée contre le commandement de payer.

1.2.2 La plainte est en revanche recevable en tant qu'elle vise la décision de rejet d'opposition du 13 avril 2021, que le plaignant a reçue le 16 avril 2021.

2. **2.1** La notification viciée d'un acte de poursuite produit ses effets si l'acte est remis au débiteur et si le débiteur -- pour autant qu'il fût en mesure d'exercer ses droits -- ne s'est pas prévalu par la voie de la plainte de l'irrégularité de la notification (cf. ATF 104 III 12 *in* JdT 1979 II 123).

En cas de notification irrégulière d'un commandement de payer, le délai d'opposition court dès le jour où le débiteur a effectivement eu connaissance du commandement de payer.

Si le débiteur fait opposition dans le délai légal, il n’est pas contraint de déposer simultanément une plainte contre la notification viciée (ATF 104 III 12 consid. 2 *in* JdT 1979 II 123; NEUENSCHWANDER, Opposition au commandement de payer tardive ou non enregistrée à l’office des poursuites: Demande de restitution du délai ou plainte LP ?, BlSchK 2017 p. 177, 181-182). En effet, si l’office des poursuites refuse de prendre en compte l’opposition du débiteur au motif qu’elle est tardive, alors une plainte pourra être déposée afin de faire constater par

l'autorité de surveillance que l'opposition a été faite dans le délai légal, compte tenu de la notification irrégulière du commandement de payer. Si en revanche l'office des poursuites enregistre l'opposition, il appartiendra, cas échéant, au créancier de déposer une plainte pour contester cette décision (NEUENSCHWANDER, *op. cit.*, BlSchK 2017 p. 177, 182).

2.2 En l'espèce, quand bien même le plaignant n'a pas formé plainte contre l'irrégularité de la notification, il est en droit de se prévaloir de cette irrégularité dans le cadre de la plainte contre le refus de l'Office d'enregistrer son opposition pour cause de tardiveté.

3. **3.1.1** La notification, qui est une forme qualifiée de communication (art. 72 LP), consiste en la remise de l'acte en mains du poursuivi ou, en l'absence de ce dernier, en mains d'une personne de remplacement désignée par la loi et aux lieux prévus par la loi (art. 64, 65 et 66 al. 1 à 3 LP).

Pour les personnes physiques dont le domicile - connu - se trouve au for suisse de la poursuite, les divers modes de notification et l'ordre dans lequel l'Office doit y avoir recours sont régis par les art. 64 et 66 al. 4 LP. Il résulte en particulier de l'art. 64 al. 1 LP que l'Office doit dans un premier temps tenter de notifier lui-même - directement ou par l'intermédiaire d'un auxiliaire, tel la Poste ou POSTLOGISTICS - l'acte en mains du poursuivi ou d'une personne habilitée à le recevoir pour lui, et ce en sa demeure ou à l'endroit où il exerce habituellement sa profession. Lorsque la notification par la voie postale a échoué, il est fréquent en pratique que l'Office, afin de procéder à cette remise en mains propres du commandement de payer, convoque le débiteur en ses locaux ou le somme de s'y présenter. Sous l'angle du droit de l'exécution forcée, il ne s'agit toutefois là que d'une simple information au débiteur selon laquelle cet acte est à sa disposition dans les locaux de l'Office, sans que sa situation ne s'en trouve modifiée (ATF 138 III 25 consid. 2.1). En particulier, il n'a aucune obligation de venir retirer cet acte (ATF 136 III 155 consid. 3.1).

Lorsque ni le débiteur ni l'une des personnes de remplacement prévues par l'art. 64 al. 1 LP ne peut être atteinte, l'acte de poursuite doit être remis à un fonctionnaire communal ou à un agent de la police, à charge de le notifier au débiteur (art. 64 al. 2 LP).

Ce n'est que si le débiteur se soustrait obstinément à la notification, ce qui suppose un comportement intentionnel de sa part (GEHRI in KUKO SchKG, 2ème éd. 2014, n° 14 ad art. 66 LP; arrêt du Tribunal fédéral 5A_542/2014 du 18 septembre 2014 consid. 5.1.2), que l'acte de poursuite pourra lui être notifié par voie de publication (art. 66 al. 4 ch. 2 LP). En raison du risque élevé que le débiteur ne prenne pas effectivement connaissance de la publication, qui est par ailleurs susceptible de porter atteinte à sa bonne réputation, il n'est en effet possible de recourir à la notification par voie édictale qu'en *ultima ratio*, lorsqu'en dépit des recherches et des efforts raisonnablement exigibles de la part du créancier et de

l'Office, une notification effective au débiteur par l'une des autres voies prévues par la loi s'avère impossible (JEANNERET/LEMBO, CR LP, 2005, Dallèves/Foëx/Jeandin [éd.], n° 19 ad art. 66 et les réf. citées).

3.1.2 La notification par voie édictale pour cause de soustraction à la notification (art. 66 al. 4 ch. 2 LP) présuppose donc que les modes de notification principal et subsidiaire prévus par l'art. 64 al. 1 et 2 LP aient été tentés vainement (arrêt du Tribunal fédéral 5A_542/2014 précité, consid. 5.1.2; PENON/WOHLGEMUTH, in Kommentar SchKG, 2017, 4ème édition, Kren Kostkiewicz/Vock [éd.], N 24 ad art. 66 LP; GEHRI, op. cit., n° 14 ad art. 66 LP; JAQUES, De la notification des actes de poursuite, BlSchK 2011 p. 177 ss, 186; ANGST, in BAK SchKG I, 2ème éd., 2010, n° 22 ad art. 66 LP; GILLIERON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Articles 1-88, 1999, n° 66 ad art. 66 LP; décisions de la Chambre de surveillance DCSO/191/2020 du 12 juin 2020 consid. 2.1; DCSO/583/2017 du 9 novembre 2017 consid. 2.1; DCSO/595/2017 du 9 novembre 2017 cosid. 2.2; DCSO/251/2016 du 11 août 2016 consid. 2.1).

3.2.1 En l'espèce, bien que l'Office n'ait pas expressément indiqué dans ses observations sur quel chiffre de l'art. 66 al. 4 LP il avait fondé sa décision de recourir à une notification par voie de publication, seul le chiffre 2 de cette disposition entre en considération. Il est en effet établi que le domicile du débiteur est connu et est situé en Suisse.

Il n'est pour le surplus pas nécessaire dans le cas d'espèce d'examiner si les éléments du dossier permettraient de retenir que le plaignant, par un comportement intentionnel, se serait obstinément soustrait à la notification du commandement de payer au sens de l'art. 66 al. 4 ch. 2 LP. Il ressort en effet du dossier et des explications données par l'Office sur la procédure de notification qu'aucune tentative de notification par la voie subsidiaire de la police ou des autorités communales, prévue par l'art. 64 al. 2 LP, n'a eu lieu. Or, comme exposé ci-dessus, un recours préalable et vain à cette voie de notification subsidiaire constitue une condition nécessaire à la notification du commandement de payer par voie édictale selon l'art. 66 al. 4 ch. 2 LP.

Certes, comme le relève la poursuivante, le plaignant semblait être au courant de l'existence de la poursuite litigieuse lorsqu'il a envoyé un e-mail à la banque le 14 janvier 2020. Ce seul élément ne permet toutefois pas de transiger sur le formalisme exigé par la LP concernant le processus de notification du commandement de payer. De plus, dans le cas d'espèce, le 14 janvier 2020, le plaignant ne pouvait pas encore avoir eu connaissance du commandement de payer, puisque la publication est intervenue le lendemain.

Dès lors que l'une des conditions nécessaires à la notification par voie édictale n'est pas réalisée, il sera constaté que la notification du commandement de payer litigieux était viciée.

3.2.2 Dans la mesure où la plainte est dirigée contre le refus de l'Office d'enregistrer l'opposition, il n'y a pas lieu d'annuler le commandement de payer. Il convient donc encore d'examiner si l'opposition formée le 12 avril 2021 l'a été en temps utile.

Le plaignant soutient qu'il n'a eu connaissance de l'existence du commandement de payer litigieux que le 12 avril 2021, en discutant avec un collaborateur de l'Office, dont il a fourni le nom. Cette affirmation peut certes apparaître invraisemblable vu le laps de temps écoulé entre la publication et cet entretien. L'Office n'a toutefois fourni aucune indication à ce sujet. Il n'a pas contesté la réalité de cet entretien ni mentionné avoir reçu de demandes d'information de la part du débiteur avant le dépôt de la plainte. L'éventuel avis de saisie envoyé, auquel l'Office n'a fait aucune allusion, comporte certes le numéro de la poursuite concernée mais ne précise pas que le commandement de payer a été notifié par voie édictale.

Or, bien que ce point n'ait pas d'incidence dans le cas d'espèce, il convient de rappeler que les exigences posées par la jurisprudence fédérale en la matière sont élevées: il ne suffit pas que le poursuivi ait simplement connaissance de la notification viciée du commandement de payer: seule la "détention de fait" de l'acte irrégulièrement notifié peut faire courir les délais attachés à sa notification (ATF 110 III 9 consid. 3; ATF 104 III 13 consid. 2; arrêts du Tribunal fédéral 5A_777/2011 consid. 3.3; et aussi 7B.79/2000 du 16 mai 2000 consid. 3b; plus large JAQUES, *op. cit.,* p. 192, qui estime suffisant que le poursuivi "en [ait] connu les éléments essentiels [créancier, montant, titre et cause]).

Aussi, à défaut d'autres éléments au dossier, il convient de considérer que le plaignant a effectivement eu connaissance de la notification viciée du commandement de payer le 12 avril 2021, de sorte qu'en formant opposition le jour même, il a agi en temps utile.

Le refus de l'Office de tenir compte de cette opposition doit en conséquence être annulé et l'Office invité à enregistrer l'opposition.

4. La procédure de plainte est gratuite (art. 20a al. 2 ch. 5 LP et art. 61 al. 2 let. a OELP) et il ne peut être alloué aucun dépens (art. 62 al. 2 OELP).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre de surveillance :

A la forme :

Déclare recevable la plainte formée le 23 avril 2021 par A_____ contre la décision de rejet d'opposition rendue le 13 avril 2021 par l'Office cantonal des poursuites dans la poursuite n° 1_____.

Au fond :

L'admet et annule la décision attaquée.

Invite l'Office cantonal des poursuites à enregistrer l'opposition formée le 12 avril 2021 par A_____ au commandement de payer, poursuite n° 1_____.

Siégeant :

Madame Verena PEDRAZZINI RIZZI, présidente; Madame Ekaterine BLINOVA et Monsieur Mathieu HOWALD, juges assesseur(e)s; Madame Véronique AMAUDRY-PISCETTA, greffière.

La présidente :	La greffière :
Verena PEDRAZZINI RIZZI	Véronique AMAUDRY-PISCETTA

Voie de recours :

Le recours en matière civile au sens de l'art. 72 al. 2 let. a de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110) est ouvert contre les décisions prises par la Chambre de surveillance des Offices des poursuites et des faillites, unique autorité cantonale de surveillance en matière de poursuite pour dettes et faillite (art. 126 LOJ). Il doit être déposé devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, dans les dix jours qui suivent la notification de l'expédition complète de la présente décision (art. 100 al. 1 et 2 let. a LTF) ou dans les cinq jours en matière de poursuite pour effets de change (art. 100 al. 3 let. a LTF). L'art. 119 al. 1 LTF prévoit que si une partie forme un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire. Le recours doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, en quoi l'acte attaqué viole le droit et les moyens de preuve, et être signé (art. 42 LTF).

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.