

# **BGer 5A\_790/2019 vom 20. Januar 2020**

Bundesgericht, 2020-01-20, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_790\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_790_2019)

FR: TF 5A\_790/2019 du 20 janvier 2020

IT: TF 5A\_790/2019 del 20 gennaio 2020

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Le recours est dirigé contre un arrêt d'irrecevabilité concernant sur le fond une demande de nouvelle expertise au sens des art. 99 al. 2 et 9 al. 2 ORFI, de sorte que la voie du recours en matière civile est ouverte ( art. 72 al. 2 let. a LTF ). Le recours a été déposé dans le délai légal ( art. 100 al. 2 let. a LTF ) à l'encontre d'une décision finale ( art. 90 LTF ) prise par une autorité de surveillance statuant en dernière (unique) instance cantonale ( art. 75 al. 1 et 2 LTF ). Il est recevable indépendamment de la valeur litigieuse ( art. 74 al. 2 let. c LTF ); la recourante a qualité pour recourir ( art. 76 al. 1 LTF ).

### **E. 1.2**

L'autorité précédente ayant rendu un arrêt d'irrecevabilité, seul le chef de conclusions tendant à l'annulation de cette décision et au renvoi de la cause en instance cantonale est en principe recevable ( ATF 138 III 46 consid. 1.2 et la jurisprudence citée).

### **E. 2.1**

Le recours en matière civile peut être formé pour violation du droit, tel qu'il est délimité par les art. 95 et 96 LTF . Le Tribunal fédéral applique le droit d'office ( art. 106 al. 1 LTF ), sans être lié ni par les motifs de la juridiction précédente, ni par les moyens des parties; en conséquence, il peut admettre le recours en se fondant sur d'autres arguments que ceux qu'a invoqués la partie recourante, comme il peut le rejeter en opérant une substitution de motifs ( ATF 144 III 462 consid. 3.2.3 et les arrêts cités). Cela étant, eu égard à l'exigence de motivation contenue à l' art. 42 al. 1 et 2 LTF , il n'examine en principe que les griefs soulevés; il n'est pas tenu de traiter, à l'instar d'une autorité de première instance, toutes les questions juridiques pouvant se poser, lorsque celles-ci ne sont plus discutées devant lui ( ATF 140 III 86 consid. 2; 135 III 397 consid. 1.4; 134 III 102 consid. 1.1). Le recourant doit discuter les motifs de la décision entreprise et indiquer précisément en quoi il estime que l'autorité précédente a méconnu le droit ( art. 42 al. 2 LTF ; ATF 140 III 86 consid. 2). En outre, le Tribunal fédéral ne connaît de la violation de droits fondamentaux que si un tel grief a été expressément invoqué et motivé de manière claire et détaillée (" principe d'allégation "; art. 106 al. 2 LTF ; ATF 143 II 283 consid. 1.2.2; 142 II 369 consid. 2.1).

### **E. 2.2**

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ). Il ne peut s'en écarter que si ces faits ont été constatés de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l' art. 95 LTF ( art. 105 al. 2 LTF ), et si la correction du vice est susceptible d'influencer le sort de la cause ( art. 97 al. 1 LTF ). Le recourant qui soutient que les faits ont été établis d'une manière manifestement inexacte, c'est-à-dire arbitraire au sens de l' art. 9 Cst. ( ATF 143 I 310 consid. 2.2 et la référence), doit satisfaire au principe d'allégation ( art. 106 al. 2 LTF ; cf.

supra consid. 2.1). Il ne peut en particulier pas se borner à contredire les constatations litigieuses par ses propres allégations ou par l'exposé de sa propre appréciation des preuves; il doit indiquer de façon précise en quoi ces constatations sont arbitraires au sens de l' art. 9 Cst. ( ATF 133 II 249 consid. 1.4.3). Une critique des faits qui ne satisfait pas à cette exigence est irrecevable ( ATF 141 IV 249 consid. 1.3.1 et la référence).

### **E. 2.3**

Aucun fait nouveau ni preuve nouvelle ne peut être présenté à moins de résulter de la décision de l'autorité précédente ( art. 99 al. 1 LTF ). Cette exception, dont il appartient au recourant de démontrer que les conditions sont remplies, vise les faits qui sont rendus pertinents pour la première fois par la décision attaquée, par exemple concernant le déroulement de la procédure devant l'instance précédente afin d'en contester la régularité, ou encore des faits postérieurs à l'arrêt attaqué permettant d'établir la recevabilité du recours ( ATF 143 V 19 consid. 1.2 et la référence; arrêt 5A\_804/2018 du 18 janvier 2019 consid. 2.3; 5A\_493/2018 du 5 novembre 2018 consid. 2.4; 5A\_904/2015 du 29 septembre 2016 consid. 2.3, non publié in ATF 142 III 617 ). En dehors de ces cas, les nova ne sont pas admissibles, qu'il s'agisse de faits ou moyens de preuve survenus postérieurement à la décision attaquée ( ATF 144 V 35 consid. 5.2.4; 143 V 19 consid. 1.2 et les références) ou d'éléments que les parties ont négligé de présenter aux autorités cantonales ( ATF 143 V 19 consid. 1.2; 136 III 123 consid. 4.4.3).

A l'appui de son recours, la recourante produit des pièces nouvelles, soit notamment les ordres de réacheminement de son courrier en poste restante à l'office postal de V.\_\_\_\_\_. Comme la recourante l'admet elle-même, ces pièces nouvelles ne satisfont pas aux conditions susrappelées et sont partant irrecevables.

### **E. 3.1**

La recourante remet en cause la régularité de la notification de la décision d'avance de frais et se plaint à cet égard d'arbitraire dans la constatation des faits. La cour cantonale n'avait ainsi pas indiqué que la réexpédition de la décision du 29 juillet 2019 n'avait pas été faite à l'adresse de son domicile sis rue... à W.\_\_\_\_\_ mais à l'adresse suivante: " Poste restante, xxxx W.\_\_\_\_\_ ". L'arrêt ne retenait pas non plus qu'elle n'avait jamais conclu avec l'office de poste de W.\_\_\_\_\_ un accord de garde du courrier en poste restante, qu'elle-même ou la poste n'avaient jamais invité l'autorité cantonale à lui faire parvenir les communications en poste restante à W.\_\_\_\_\_, que l'office postal ne l'avait jamais avisée que le courrier de l'autorité cantonale notifié en poste restante à W.\_\_\_\_\_ pouvait être retiré au guichet, et que le courrier envoyé en poste restante à W.\_\_\_\_\_ n'avait pas été réacheminé vers la poste restante de V.\_\_\_\_\_. En comprenant qu'elle disposait d'une adresse en poste restante à W.\_\_\_\_\_, l'autorité cantonale avait arbitrairement apprécié la portée de la mention manuscrite figurant sur le pli du 29 juillet 2019 qui lui avait été retourné (" Ne peut être réexpédié, en poste restante "). Cette mention signifiait à l'évidence qu'elle disposait d'une adresse en poste restante ailleurs qu'à W.\_\_\_\_\_ et qu'un acte judiciaire ne pouvait y être réexpédié.

La recourante soutient en outre que la décision d'avance de frais aurait dû être notifiée non pas par recommandé en poste restante, mais conformément aux principes dégagés par les art. 64 ss LP , ce qui n'avait pas été le cas en l'espèce. La question pouvait toutefois rester ouverte, dès lors que le recours à la fiction de notification était de toute façon contraire au droit fédéral. En effet, il n'y avait pas eu d'avis de retrait de l'envoi litigieux, ce que le suivi

" Track&Trace " figurant au dossier confirmait. Elle n'avait donc jamais été avisée de la réception d'un recommandé en poste restante à W.\_\_\_\_\_. Il ne pouvait donc être considéré que dite lettre était arrivée dans sa sphère de puissance. Il appartenait à l'autorité cantonale - qui supportait le fardeau de la preuve de la notification - de démontrer qu'elle avait opté pour une poste restante à W.\_\_\_\_\_ et/ou qu'elle avait reçu à son domicile de W.\_\_\_\_\_ un avis de retrait. Ayant informé l'autorité cantonale que son courrier était dévié pour raisons médicales avant l'envoi de la décision d'avance de frais, elle ne pouvait être responsable de la faute de dite autorité, qui avait inventé, manifestement par erreur, une adresse de notification en poste restante à W.\_\_\_\_\_. Dans ces circonstances, la notification de la décision d'avance de frais, irrégulière, était nulle.

### **E. 3.2.1**

L'argumentation de la recourante ne convainc pas.

Selon la jurisprudence, correctement résumée par l'autorité cantonale, la partie qui, pendant une procédure, s'absente un certain temps du lieu dont elle a communiqué l'adresse aux autorités, en omettant de prendre les dispositions nécessaires pour que les envois postaux parvenant à cette adresse lui soient transmis, ou de renseigner l'autorité sur l'endroit où elle peut être atteinte, ou encore de désigner un représentant habilité à agir en son nom, ne peut se prévaloir de son absence lors de la tentative de notification d'une communication officielle à son adresse habituelle, si elle devait s'attendre avec quelque vraisemblance à recevoir une telle communication ( ATF 141 II 429 consid. 3.1; 139 IV 228 consid. 1.1 et les références; 119 V 89 consid. 4b/aa; 117 V 131 consid. 4a). Le devoir procédural d'avoir à s'attendre avec une certaine vraisemblance à recevoir la notification d'un acte officiel naît avec l'ouverture d'un procès et vaut pendant toute la durée de la procédure ( ATF 130 III 396 consid. 1.2.3). Il découle de cette jurisprudence que le destinataire d'actes judiciaires non seulement peut, mais également doit, lorsqu'il estime qu'une notification ne pourra aboutir au lieu connu des autorités, désigner une adresse où il pourra être atteint (arrêt 6B\_32/2014 du 6 février 2014 consid. 3). L'ordre donné à l'office postal de conserver les envois n'est à cet égard pas une mesure adéquate ( ATF 141 II 429 consid. 3.1; arrêts 6B\_754/2017 du 10 octobre 2017 consid. 2; 6B\_463/2014 du 18 septembre 2014 consid. 1.3). En effet, le devoir de faire en sorte que les décisions relatives à la procédure puissent être notifiées à la personne concernée n'a pas simplement pour but que cette personne en prenne un jour connaissance, mais sa finalité est que cette personne puisse agir, si cela est requis, en temps utile (arrêt 2C\_1015/2011 du 12 octobre 2012 consid. 3.3.2), étant au surplus précisé qu'un acte judiciaire, plus précisément un envoi par " acte judiciaire ", ne peut être notifié en poste restante (arrêts 7B.164/2005 du 28 septembre 2005, publié in RSPC 2006 p. 156; 1P.369/2000 du 24 juillet 2000 consid. 1b; YVES DONZALLAZ, Commentaire de la loi sur le Tribunal fédéral, 2008, n° 1119 ad art. 44 LTF p. 481 et les références; URS PETER CAVELTI, in VwVG - Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren Kommentar, 2ème éd. 2019, n° 17 ad art. 20 PA ).

### **E. 3.2.2**

En l'espèce, il résulte du dossier cantonal que la demande de nouvelle expertise du 2 juillet 2019 mentionne uniquement l'adresse de rue... à W.\_\_\_\_\_, dont la recourante admet qu'il s'agit de celle de son domicile. Cette adresse est également indiquée dans le courrier de la recourante du 16 juillet 2019 par lequel elle a transmis, sur requête de l'autorité cantonale, le procès-verbal d'estimation du gage qu'elle conteste. L'autorité cantonale a sollicité le

versement d'une avance de frais par décision du 29 juillet 2019 envoyée par " acte judiciaire " le même jour à l'adresse à W.\_\_\_\_\_ indiquée dans la demande de nouvelle expertise du 2 juillet 2019 et rappelée dans le courrier de la recourante du 16 juillet 2019. Le pli a été retourné le 30 juillet 2019 à son expéditeur avec la mention manuscrite " Ne peut être réexpédié, en poste restante ". La décision d'avance de frais du 29 juillet 2019 a été renvoyée le 31 juillet 2019 par pli recommandé à l'adresse suivante: " Poste restante, xxxx W.\_\_\_\_\_ ". Ledit pli a été retourné à l'autorité cantonale en date du 4 septembre 2019 avec la mention " Non réclamé ".

Dès lors qu'elle avait elle-même requis la nouvelle estimation de son immeuble, la recourante devait s'attendre à recevoir des communications de l'autorité cantonale et faire en sorte que celles-ci puissent lui être notifiées en désignant un représentant, en faisant suivre son courrier ou en indiquant une adresse de notification utile. Or, ainsi que cela ressort de la mention manuscrite apposée sur le pli du 29 juillet 2019 figurant au dossier, la recourante s'est contentée d'ordonner à La Poste de réexpédier son courrier en poste restante. Un tel procédé, quel que soit en définitive l'office de poste visé par l'ordre de réacheminement du courrier, ne constitue toutefois pas une mesure suffisante, conforme à la jurisprudence précitée, pour que les communications de l'autorité qu'elle a elle-même saisie lui parviennent. Le fait d'avoir informé en passant l'autorité cantonale, par courrier du 16 juillet 2019, que son courrier était " dévié pour raison médicale " n'est dès lors pas décisif ni même suffisant, étant au demeurant précisé que l'accord particulier conclu entre la recourante et La Poste s'agissant de la distribution de son courrier pour la période concernée ne saurait en l'occurrence être opposable à l'autorité cantonale. N'ayant pas pris les mesures qui s'imposaient pour éviter toute erreur de distribution du courrier la concernant, la recourante ne saurait se plaindre du fait que l'autorité cantonale aurait arbitrairement interprété la mention manuscrite figurant sur le pli du 29 juillet 2019 qui lui a été retourné par La Poste. Il ne peut en conséquence être reproché à l'autorité cantonale d'avoir réexpédié le 31 juillet 2019 la décision d'avance de frais par pli recommandé à l'adresse " Poste restante, xxxx W.\_\_\_\_\_ ". Les arguments développés à cet égard par la recourante sont inopérants.

Par ailleurs, la recourante ne peut rien tirer des art. 64 ss LP qu'elle invoque. Sous réserve des règles de la LP relatives aux fêtes et aux suspensions ( art. 56 ss LP ; cf. ATF 84 III 9 consid. 2), la décision d'avance de frais au sens de l' art. 9 al. 2 ORFI est en effet régie par la loi de procédure applicable selon le droit cantonal (arrêts 5A\_472/2012 du 17 octobre 2012 consid. 3.2.3; 7B.13/2003 du 3 avril 2003 consid. 3.1; 7B.180/2002 du 7 novembre 2002 consid. 3.1, in Pra 2003 p. 498 n° 91; 7B.111/2002 du 23 août 2002 consid. 3.1, in Pra 2002 p. 1036 n° 197), soit, à Fribourg, par le Code de procédure et de juridiction administrative du 23 mai 1991 (CPJA; RSF 150.1) auquel renvoie l'art. 9 al. 2 de la loi d'application de la législation fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 12 février 2015 (LALP; RSF 28.1). La recourante ne peut pas davantage se fonder sur l'arrêt 1P.369/2000 pour se plaindre du fait qu'elle n'a pas reçu d'avis de retrait du pli recommandé du 31 juillet 2019. L'ordre de réexpédition du courrier en poste restante doit en effet être traité de la même manière que le mandat de garder le courrier (CAVELTI, op. cit., n° 43 ad art. 20 PA ). Or le Tribunal fédéral a récemment jugé que celui qui demande à La Poste de garder son courrier ne peut se prévaloir de l'absence de dépôt, dans sa boîte aux lettres, d'une invitation à retirer l'acte judiciaire pour faire échec à la présomption de notification ( ATF 141 II 429 consid. 3.3.3).

La question de savoir si, par analogie avec la jurisprudence applicable aux communications faites dans les boîtes aux lettres et les cases postales, l'envoi adressé poste restante doit être réputé notifié le dernier jour d'un délai de garde de sept jours - et non de celui d'un mois fixé par l'ancienne législation postale ( ATF 111 V 99 consid. 2c) et repris par les prescriptions de La Poste (

<https://www.post.ch/fr/reception/lieux-de-reception/envoi-adresse-poste-restante>) - dès réception au bureau de poste de destination a été laissée ouverte dans un arrêt publié ( ATF 127 III 173 consid. 1; cf. ég. arrêt 5P.425/2005 du 20 janvier 2006 consid. 3.2, publié in RSPC 2006 p. 154; en faveur d'un délai de garde de sept jours lorsque l'envoi est adressé en poste restante, voir notamment: arrêts 5D\_38/2018 du 21 février 2018 consid. 4; 1B\_64/2013 du 21 février 2013 consid. 3.3; 5A\_129/2010 du 30 avril 2010; 9C\_1055/2008 du 2 février 2009; 1P.369/2000 précité consid. 1b citant l' ATF 113 Ib 87 consid. 2b; LUKAS HUBER, in ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, 2ème éd. 2016, n° 62 ad art. 138 CPC ; NINA J. FREI, Berner Kommentar, ZPO, Bd. I, 2012, n° 21 ad art. 138 CPC ; FRANÇOIS BOHNET, in Commentaire romand, CPC, 2ème éd. 2019, n° 22 ad art. 138 CPC ; FELIX UHLMANN/ALEXANDRA SCHILLING-SCHWANK, in VwVG - Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2ème éd. 2016, n° 18 ad art. 34 PA ; PATRICIA EGLI, in VwVG - Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2ème éd. 2016, n° 57 ad art. 20 PA ; KATHRIN AMSTUTZ/PETER ARNOLD, in Basler Kommentar, BGG, 3ème éd. 2018, n° 36 ad art. 44 LTF ; JEAN-MAURICE FRÉSARD, in Commentaire de la LTF, 2ème éd. 2014, n° 17 ad art. 44 LTF ). Pour des motifs évidents relevant de l'égalité de traitement et de la sécurité du droit (DONZALLAZ, op. cit., n° 1125 p. 483; CAVELTI, op. cit., note infrapaginale n° 146 ad art. 20 PA ), il convient de suivre la jurisprudence qui admet que lorsque le destinataire ordonne à La Poste de réexpédier son courrier à une adresse en poste restante, l'envoi est censé avoir été notifié au plus tard le septième jour après l'arrivée du courrier à l'office postal de destination, solution au demeurant préconisée par la doctrine majoritaire. C'est donc à bon droit que l'autorité cantonale a considéré que la décision d'avance de frais était en l'occurrence réputée notifiée le 9 août 2019, notification faisant partir le délai de 20 jours fixé pour le paiement de l'avance de frais. Il sera toutefois précisé que, conformément à la jurisprudence susrappelée, ce délai n'était pas suspendu jusqu'au 15 août 2019, l'art. 30 al. 2 CPJA étant inapplicable, et arrivait donc à échéance le 29 août 2019 et non le 4 septembre 2019 comme retenu par l'autorité cantonale.

#### **E. 4**

En définitive, le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable. Faute de chances de succès du recours, la demande d'assistance judiciaire ne saurait être agréée ( art. 64 al. 1 LTF ). Les frais judiciaires, arrêtés à 1'500 fr., sont mis à la charge de la recourante qui succombe ( art. 66 al. 1 LTF ). Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.