

LP 20 38

DÉCISION DU 7 JANVIER 2021

**Tribunal cantonal du Valais
Autorité supérieure en matière de plainte LP**

Bertrand Dayer, juge ; Bénédicte Balet, greffière

en la cause

X _____ SÀRL, recourante

contre

OFFICE DES POURSUITES ET FAILLITES DU DISTRICT DE A _____, intimé au
recours

et intéressant

Y _____, tiers concerné, représenté par Maître M _____,

(notification d'un commandement de payer ; Ordonnance COVID-19 justice et droit procédural)

recours contre la décision du 10 novembre 2020 de la juge des districts de B _____

vu

le commandement de payer établi le 2 avril 2020 par l'office des poursuites et faillites du district de A _____ (ci-après : l'OP du district de A _____) à l'encontre de Y _____ dans la poursuite n° xxx, à l'instance de X _____ Sàrl ;

l'envoi de ce commandement de payer par courrier recommandé, non retiré par le débiteur ;

le SMS envoyé le 8 mai 2020 au numéro de téléphone portable du débiteur, avec le texte suivant :

Nous vous avons adressé un commandement de payer pour notification par la Poste en courrier A plus (art. 7 de l'ordonnance COVID-19). Le délai d'opposition est de 10 jours dès la notification.

l'accusé de réception relayé le même jour via l'outil officiel de messagerie Kofax.vs.ch, confirmant la bonne réception du message sur le téléphone portable du débiteur ;

l'envoi du commandement de payer en courrier A Plus, toujours le même jour ;

l'absence d'opposition dans le délai de dix jours ;

l'avis de saisie établi le 5 juin 2020 par l'OP du district de A _____, fixant la saisie au 18 juin 2020 ;

la plainte déposée le 19 juin 2020 par Y _____, dont les conclusions sont ainsi rédigées :

1. La notification du commandement de payer en la poursuite n° xxx est nulle ;
2. Subsidiairement, le délai pour former opposition est restitué ;
3. Plus subsidiairement encore, le dossier est transmis à l'Office des poursuites et faillites du district de A _____, de siège à C _____, pour se prononcer sur la restitution du délai ;
4. La fixation de la séance de saisie en la poursuite n° xxx et la notification de l'avis de saisie en la poursuite n° xxx sont nulles ;
5. Les frais et dépens sont mis à la charge du créancier, subsidiairement de l'Etat.

l'opposition totale formée par Y _____ au commandement de payer – envoyé par courrier A Plus le 8 mai 2020 - le 26 juin 2020 ;

la décision rendue le 25 août 2020 par la juge des districts de B _____ (xxx LP 20 xxx), admettant la plainte, reconnaissant la validité de l'opposition au commandement de payer et déclarant nul l'avis de saisie du 5 juin 2020 ;

l'annulation de cette décision sur recours, pour violation du droit d'être entendu de la poursuivante, et le renvoi de la cause à la juge intimée, pour nouvelle décision (xxx LP 20 xxx) ;

la nouvelle décision rendue le 10 novembre 2020 par cette magistrate, après avoir recueilli la détermination de la poursuivante, dont le dispositif est ainsi rédigé (xxx LP 20 xxx) :

1. La plainte est admise.
2. L'opposition totale au commandement de payer n° xxx est valable.
3. L'avis de saisie établ[i] le 5 juin 2020 par l'Office des poursuites de A _____ dans le cadre de la poursuite n° xxx est nul.
4. Il n'est pas perçu de frais ni alloué de dépens.

le recours interjeté le 17 novembre 2020 (date du sceau postal) contre cette décision par X _____ Sàrl, qui a pris les conclusions suivantes :

1. Le recours est admis ;
2. La décision du Tribunal des districts de B _____ du 10 novembre 2020 est annulée ;
3. La validité de la notification du commandement de payer dans la poursuite xxx est confirmée ;
4. La validité de l'avis de saisie dans la poursuite xxx est confirmée, avec fixation d'une nouvelle date ;
5. La plainte du débiteur déposée le 19 juin 2020 est déclarée irrecevable, respectivement rejetée ;
6. Les éventuels frais sont mis à la charge du débiteur.

la détermination du 23 novembre 2020, au terme de laquelle Y _____ a formulé les conclusions suivantes :

A titre principal

1. Le Recours formé par la société X _____ Sàrl le 16 novembre 2020 en la procédure LP 20 xx X _____ Sàrl <> Juge des districts de B _____ est rejeté, dans la mesure où il est recevable ;
2. La décision de l'Autorité inférieure en matière de plainte LP du 10 novembre 2020 en la cause LP 20 xxx est confirmée.

A titre subsidiaire

3. Le délai pour former opposition est restitué.

A titre encore plus subsidiaire

4. Le dossier est transmis à l'Office des poursuites et faillites du district de A _____, de siège à C _____, pour se prononcer sur la restitution du délai.

les actes de la cause ;

les observations de l'office intimé du 24 novembre 2020, qui a déclaré « rejoin[dre] la recourante dans ses conclusions » ;

considérant

que le Tribunal cantonal fonctionne en qualité d'autorité supérieure en matière de plainte (art. 19 al. 1 1^{ère} phrase LALP) ; qu'il connaît ainsi des recours (art. 18 LP) formés contre les décisions rendues par le juge de district, comme autorité inférieure en matière de plainte (art. 17 al. 1 LP ; art. 20 LALP) ; qu'en cette matière, la cause peut être confiée à un juge unique (art. 19 al. 1 3^{ème} phrase LALP) ;

qu'aux termes de l'article 18 al. 1 LP, toute décision de l'autorité inférieure peut être déférée à l'autorité cantonale supérieure de surveillance dans les dix jours à compter de sa notification ;

que le recours doit être adressé par écrit au greffe du Tribunal cantonal (art. 26 al. 1 LALP) ;

qu'en l'espèce, remis à la poste le 17 novembre 2020, le recours a été déposé dans le délai légal de dix jours, qui a couru dès la réception par la recourante - le 13 novembre 2020 - de la décision entreprise ;

que le mémoire de recours doit contenir un exposé concis des faits, des motifs accompagnés des moyens de preuve ainsi que des conclusions et être daté et signé par le recourant ou son mandataire (art. 26 al. 3 LALP); que le droit cantonal détermine dans quelle mesure les faits et moyens de preuve nouveaux peuvent être invoqués devant l'autorité de surveillance cantonale supérieure (arrêt 5A_57/2016 du 20 avril 2016 consid. 3.2.1 et les réf.); que, selon l'article 26 al. 4 LALP, de nouvelles conclusions, l'allégation de faits nouveaux et l'offre de pièces nouvelles sont recevables (cf. également RVJ 2018 p. 185) ;

qu'est susceptible d'une plainte, puis d'un recours, toute mesure des autorités de poursuite ou de faillite (art. 17 al. 1 et 18 al. 1 LP) ; que, par mesure, il faut entendre tout acte d'autorité accompli par l'office ou par un organe de la poursuite en exécution d'une mission officielle dans une affaire concrète (ATF 128 III 156 consid. 1c et les réf.) ; que l'acte de poursuite doit être de nature à créer, modifier ou supprimer une situation du droit de l'exécution forcée dans l'affaire en question, et peut se manifester de toutes sortes de façons (ATF 129 III 400 consid. 1.1) ;

que la qualité pour porter plainte 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 139 III 384 consid. 2.1 ; 138 III 219 consid. 2.3 ; 129 III 595 consid. 3 ; 120 III 42 consid. 3) ; que le plaignant doit être matériellement lésé par les effets de la décision attaquée et avoir un intérêt digne de protection à sa modification ou à son annulation (ATF 139 III 384 consid. 2.1 ; 138 III 219 consid. 2.3 ; 120 II 5 consid. 2a) ;

que, dans le cas particulier, la notification du commandement de payer et de l'avis de saisie sont des mesures susceptibles de plainte ; qu'en outre, en tant que poursuivante, la recourante est directement atteinte par la décision entreprise, qui admet la plainte formée par le poursuivi, considère comme valable son opposition au commandement de payer et déclare l'avis de saisie nul ; qu'elle possède un intérêt actuel et réel à obtenir l'annulation de celle-ci, si bien que la qualité pour recourir doit lui être reconnue ;

qu'il est constant que le commandement de payer, établi le 2 avril 2020, n'a pu être notifié au poursuivi, ce malgré plusieurs tentatives ; que, le 8 mai 2020, l'office intimé a informé ce dernier, par l'envoi d'un SMS adressé au numéro xxx, que le commandement de payer lui était envoyé par courrier A Plus et que le délai d'opposition était de dix jours dès la notification ; qu'un accusé de réception du SMS a été émis directement (cf. dossier xxx LP 20 xxx, p. 33) ; que ledit courrier A Plus a été distribué le 9 mai 2020 ;

que, dans la décision entreprise, la juge intimée a considéré que l'envoi d'un SMS ne pouvait être considéré comme « communication téléphonique » au sens de l'article 7 de l'Ordonnance [du Conseil fédéral] instaurant des mesures en lien avec le coronavirus dans le domaine de la justice et du droit procédural du 16 avril 2020 (Ordonnance COVID-19 justice et droit procédural ; RS 272.81), puisque contrairement à une discussion par téléphone, ce moyen de communication ne permettait pas de s'assurer de la prise de connaissance effective du message par le destinataire ; qu'elle a cependant relevé que, malgré une notification viciée, le commandement de payer était

parvenu à son destinataire, qui en avait eu connaissance le 18 juin 2020, soit à son retour en Suisse ; que, partant, l'opposition formée le 26 juin 2020 était valable, de sorte que les actes de poursuite subséquents étaient nuls, en particulier l'avis de saisie du 5 juin 2020 ;

que la recourante conteste cette appréciation, soutenant en particulier que l'envoi d'un SMS s'apparente à une communication téléphonique ;

que les actes de poursuite sont en principe notifiés par courrier recommandé ou remis à un fonctionnaire communal ou à un agent de police, à charge de le notifier au débiteur (cf. art. 34 al. 1 et 64 al. 2 LP) ; qu'en application de l'article 72 al. 2 LP, celui qui procède à la notification atteste sur chaque exemplaire du commandement de payer le jour où elle a eu lieu et la personne à laquelle l'acte a été remis ; que les exemplaires du commandement de payer notifiés et comportant le procès-verbal de notification avec les mentions apposées par l'agent notificateur constituent des titres officiels au sens de l'article 9 CC, avec pour conséquence qu'ils font en principe foi des faits qu'ils constatent ; que le débiteur conserve cependant la possibilité d'établir que ces faits sont en réalité inexacts, cette preuve n'étant soumise à aucune forme particulière (art. 9 al. 2 CC ; ATF 128 III 380 consid. 1.2 ; 120 III 117 ; 84 III 13) ;

qu'en raison de la situation sanitaire liée au coronavirus, le Conseil fédéral a édicté l'Ordonnance COVID-19 justice et droit procédural ; que l'article 7 de cette ordonnance stipule qu'en dérogation aux articles 34, 64 al. 2 et 72 al. 2 LP, les communications, les mesures et les décisions des autorités des poursuites et des faillites, ainsi que les actes de poursuite peuvent être notifiés contre une preuve de notification qui n'implique pas la remise d'un reçu : lorsqu'une première tentative de notification par voie ordinaire a échoué ou que dans un cas d'espèce elle serait d'emblée vouée à l'échec en raison de circonstances particulières (al. 1 let. a), et lorsque le destinataire a été informé de la notification par communication téléphonique au plus tard le jour précédant la notification ou qu'on peut supposer qu'il a été informé par écrit ou par courrier électronique au plus tard le jour précédant la notification (al. 1 let. b) ; que la preuve de la notification au sens de l'alinéa 1 remplace l'attestation visée à l'article 72 al. 2 LP (al. 2) ;

que le fardeau de la preuve de la notification régulière du commandement de payer repose sur l'office des poursuites et faillites compétent (ATF 120 III 117 consid. 2) ;

que l'Office fédéral de la justice (OFJ) a rédigé un commentaire des dispositions de l'Ordonnance COVID-19 justice et droit procédural (disponible à l'adresse suivante : <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/aktuell/coronavirus.html>) ; qu'on peut y lire que la

notification facilitée s'applique en particulier aux commandements de payer ; que le droit de nécessité autorise ainsi la notification sans reçu au destinataire, à condition qu'une preuve de notification soit établie au moment de cette dernière, l'envoi en courrier A Plus répondant à cette exigence, mais d'autres formes de notification étant envisageables dans la mesure où elles assurent l'établissement d'une preuve de notification ; que, s'agissant des conditions cumulatives permettant la notification facilitée, le commentaire reprend le texte de l'ordonnance ;

que le Service de Haute Surveillance LP, dépendant de l'OFJ, a également émis des instructions le 16 avril 2020 (Instruction n° 7, disponibles à l'adresse suivante : <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/wirtschaft/schkg/weisungen.html>), qui précisent encore que l'on peut accepter comme une « autre forme de notification » avec preuve de notification, au sens du commentaire précité, la notification électronique sur une plateforme sécurisée d'échange de données, qui fournit un accusé de réception avec l'identification du destinataire (ch. 12, p. 3) ;

qu'en d'autres termes, la notification facilitée, soit par courrier A Plus notamment, est possible lorsqu'une première tentative de notification par la voie ordinaire avec reçu a échoué ou serait vouée à l'échec en raison de circonstances particulières (1), qu'une preuve de notification est établie au moment de la notification facilitée (2) et que le destinataire a été averti à l'avance de celle-ci (3) ;

que, le 27 avril 2020, se fondant sur ces différentes dispositions, le chef du service des poursuites et faillites du Canton du Valais a invité les préposés des différents offices valaisans à mettre en application une pratique uniformisée quant à la notification des commandements de payer ; que cette directive interne prévoit, dans les cas où le numéro de téléphone portable du débiteur est connu : l'envoi d'un SMS ou d'un courriel au débiteur pour l'aviser de la notification avec le texte « Nous vous avons adressé un commandement de payer pour notification par la Poste en courrier A Plus (art. 7 de l'ordonnance COVID-19). Le délai d'opposition est de 10 jours dès la notification » (1), l'impression d'une copie de l'envoi par SMS ou du courriel (2), l'envoi au débiteur de son exemplaire par courrier A plus (3), la conservation de l'exemplaire du créancier avec la copie du SMS ou du courriel (4) et l'ajout des frais y relatifs (5) (cf. dossier xxx LP 20 xxx, p. 43) ;

qu'en l'espèce, c'est la condition de l'avertissement préalable qui est litigieuse, le débiteur ayant soutenu dans sa plainte ne pas avoir été informé de la notification prochaine d'un acte de poursuite ; que, dans sa première écriture, il a allégué n'avoir

pris connaissance du commandement de payer et de l'avis de saisie qu'à son retour de D _____, soit le 18 juin 2020 (cf. dossier xxx LP 20 xxx, p. 1 [verso] et 2) ; que, dans sa détermination du 14 juillet 2020, il a prétendu qu'il n'avait pas saisi la teneur du SMS que lui avait adressé l'OP du district de A _____ (cf. dossier xxx LP 20 xxx, p. 45-46) ;

que cela étant, l'on ne saurait suivre l'appréciation de la première juge ; que l'envoi d'un SMS doit en effet être considéré comme une « communication téléphonique » au sens de l'article 7 al. 1 let. b première phrase de l'Ordonnance COVID-19 justice et droit procédural ; que, contrairement à ce que semble soutenir la magistrate intimée, la prise de connaissance effective de l'avertissement par le débiteur n'est pas une condition pour procéder par la voie de la notification simplifiée ; que la disposition topique assimile du reste l'avertissement par communication téléphonique à celui donné par écrit ou par courrier électronique, soit deux moyens qui ne permettent pas non plus de s'assurer avec certitude de la réception par le destinataire ; qu'on relèvera encore que le plaignant se méprend lorsqu'il semble soutenir que l'envoi du SMS aurait entraîné le départ du délai pour faire opposition ; qu'il s'agit uniquement du moyen utilisé pour avertir le débiteur de l'envoi de l'acte de poursuite par courrier A Plus ; que c'est bien la réception de ce dernier courrier qui fait partir le délai ;

que force est dès lors de considérer que la notification du commandement de payer n'est pas irrégulière ; que les dispositions spéciales édictées par le Conseil fédéral ont en effet été respectées ; que le commandement de payer est réputé avoir été notifié le 9 mai 2020, date de la distribution du courrier A Plus (cf. dossier xxx LP 20 xxx, p. 34), le débiteur ayant été dûment averti la veille, le 8 mai 2020, par envoi d'un SMS – qui a fait l'objet d'un accusé de réception - sur son numéro de portable ; qu'on rappellera sur ce point que le plaignant a reconnu avoir bel et bien reçu ce SMS mais avoir été surpris d'être contacté par ce moyen par une autorité officielle ; qu'en cas de doute sur la portée du message contenu dans ce SMS, il lui appartenait de prendre contact avec l'OP du district de A _____, étant précisé que le message mentionnait l'expéditeur (Office des poursuites de A _____) et son numéro de téléphone officiel de (xxx ; cf. dossier xxx LP 20 xxx, p. 32-33) ;

qu'il s'ensuit l'admission du recours, l'annulation de la décision attaquée et le rejet de la plainte ;

qu'il est constaté l'incompétence de l'autorité de plainte pour connaître de la restitution de délai d'opposition (cf. art. 8 de l'Ordonnance COVID-19 justice et droit procédural) ;

que, conformément à l'article 28 LALP, la demande de restitution de délai est renvoyée à l'OP du district de A _____ ;

qu'il n'y a pas lieu de percevoir d'émoluments ou frais, ni d'allouer de dépens (art. 20a al. 2 ch. 5 LP, 61 al. 2 let. a et 62 al. 2 OELP) ;

par ces motifs,

Prononce

1. Le recours est admis ; partant, la décision du 10 novembre 2020 de la juge suppléante des districts de A _____ est annulée.
2. La plainte est rejetée.
3. La demande de restitution de délai est transmise l'office des poursuites et faillites du district de A _____.
4. Il n'est pas perçu de frais d'appel, ni alloué de dépens.

Sion, le 7 janvier 2021