

Procédure civile – procédure sommaire – ATC (juge de la Cour civile II) du 13 octobre 2020, X. c. Y. SA – TCV C3 20 23

Clôture de la phase d'allégation lors d'un second échange d'écritures en procédure sommaire (art. 219 en relation avec l'art. 229 al. 1 et 2 CPC)

- Les nova sont admis de manière illimitée lorsqu'un second échange d'écritures est ordonné dans une procédure sommaire. La clôture de la phase d'allégation n'intervient qu'après le second échange d'écritures. Les nova ne sont ensuite recevables qu'aux conditions de l'art. 229 al. 1 CPC (consid. 3.1).
- Dans le cas particulier, étant donné que le tribunal n'a pas formellement ordonné un second échange d'écritures et que la cause n'est pas soumise à la maxime d'office, la réplique spontanée est recevable, contrairement aux nova qui ne respectent pas les exigences de l'art. 229 al. 1 CPC (consid. 3.3.2). Ils ne peuvent pas non plus être pris en compte en instance de recours, les allégations de fait et les preuves nouvelles étant irrecevables (art. 326 CPC ; consid. 3.4).

Aktenschluss bei zweitem Schriftenwechsel im summarischen Verfahren (Art. 219 i.V.m. Art. 229 Abs. 1 und 2 ZPO)

- Wird im summarischen Verfahren ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet, sind Noven unbeschränkt zulässig. Der Aktenschluss tritt erst nach dem zweiten Schriftenwechsel ein. Danach sind Noven nur noch unter den Voraussetzungen des Art. 229 Abs. 1 ZPO zulässig (E. 3.1).
- In casu wurde kein zweiter Schriftenwechsel angeordnet und das Verfahren unterliegt nicht der Offizialmaxime, so dass die spontane Replik zulässig ist, Noven hingegen nur unter den Voraussetzungen des Art. 229 Abs. 1 ZPO (E. 3.3.2). Sie können auch im Beschwerdeverfahren nicht berücksichtigt werden, da hier neue Tatsachen und Beweismittel ausgeschlossen sind (Art. 326 ZPO; E. 3.4).

Faits (résumé)

A. Le 11 décembre 2018, X. a fait notifier à la société Y. SA, dans la poursuite n° xxxxxx de l'office des poursuites et faillites du district de A., un commandement de payer les sommes de 44 444 fr. et 20 000 fr., avec intérêt à 5 % l'an dès le 4 septembre 2018, ainsi que 103 fr. 30. La poursuivie y a formé opposition totale.

Le 4 septembre 2019, X. a requis la mainlevée provisoire de l'opposition.

Le 31 octobre 2019, Y. SA a produit une détermination au terme de laquelle elle a conclu au rejet de la requête, sous suite de frais et dépens.

X. s'est déterminé le 21 novembre 2019.

B. Par dispositif du 13 décembre 2019, le juge suppléant a rejeté la requête de mainlevée et a expédié la décision motivée le 17 janvier 2020.

C. Contre cette décision, X. a formé recours.

Considérants (extraits)

3.3 La question de la tardiveté de la réplique se distingue de celle de la recevabilité des faits et moyens de preuves contenus dans cette écriture.

3.3.1 La clôture de la phase de l'allégation en procédure sommaire a fait l'objet de deux arrêts récents du Tribunal fédéral : le premier publié à l'ATF 144 III 117, le second à l'ATF 146 III 237.

Dans le premier, le Tribunal fédéral tranche la question dans le contexte d'une procédure sans deuxième échange d'écritures, ni audience. L'ATF 146 III 237 examine la question, laissée ouverte à l'ATF 144 III 117 consid. 2.2 et 2.3, de la clôture de la phase de l'allégation en procédure sommaire lorsqu'un second échange est ordonné ou que le tribunal convoque les parties à des débats.

En procédure sommaire, contrairement à ce qui prévaut en procédure ordinaire ou simplifiée, la phase de l'allégation prend fin à l'issue du premier échange d'écritures. Nul ne peut ainsi partir de l'idée que, suite au premier échange d'écritures, le tribunal ordonnera un second tour de parole ou fixera une audience de débats (ATF 144 III 117 consid. 2.2 ; ATF 146 III 237 consid. 3.1). Le droit inconditionnel à la réplique permet certes à chaque partie de se déterminer sur l'ensemble des actes de l'adverse partie ou du tribunal (ATF 146 III 97 consid. 3.4.1 et les réf.), mais non de compléter ou d'améliorer leurs allégués (arrêt 4A_487/2014 du 28 octobre 2014 consid. 1.2.4). Lorsque le tribunal ordonne un second échange d'écritures, les parties peuvent alléguer de nouveaux faits et produire de nouveaux moyens de preuve de manière illimitée. La clôture de la phase de l'allégation intervient alors à la fin du second échange d'écritures (ATF 146 III 237 consid. 3.1). Après le second échange d'écritures (ou après la possibilité illimitée de

s'exprimer à l'audience), la situation est la même que celle qui se produirait normalement, en procédure sommaire, après un seul échange d'écritures déjà. Les vrais et pseudo nova ne peuvent plus être introduits qu'aux conditions strictes de l'art. 229 al. 1 CPC (ATF 146 III 237 consid. 3.1).

A teneur de l'art. 229 al. 1 CPC, les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont admis aux débats principaux que s'ils sont invoqués sans retard et soit, ils sont postérieurs à l'échange d'écritures ou à la dernière audience d'instruction (nova proprement dits), soit, ils existaient avant la clôture de l'échange d'écritures ou la dernière audience d'instruction, mais ne pouvaient être invoqués antérieurement bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (nova improprement dits). Selon l'alinéa 3 de cette disposition, lorsqu'il doit établir les faits d'office, le tribunal admet des faits et moyens de preuve nouveaux jusqu'aux délibérations.

Les conditions restrictives de l'art. 229 al. 1 CPC s'appliquent notamment à la contestation des allégués dits de duplique, soit aux faits ou moyens de preuves nouveaux que le défendeur n'articule que dans la duplique (en l'occurrence, dans la détermination, compte tenu de l'unique échange d'écritures). Si pour riposter à de tels allégués, le demandeur est contraint d'introduire de vrais nova, l'art. 229 al. 1 let. a CPC permet de les présenter sans autre. Au contraire, l'art. 229 al. 1 let. b CPC exige, s'agissant des pseudo nova, qu'ils n'aient pas pu être invoqués antérieurement, même en faisant preuve de la diligence requise (ATF 146 III 55 consid. 2.5.2). En procédure ordinaire, le Tribunal fédéral admet qu'il ne peut être exigé du demandeur qu'il combatte par avance, dans sa réplique, tous les nova imaginables avec lesquels la matière du procès pourra encore être étendue dans la duplique, de sorte que, si des nova sont présentés dans la duplique et que la demanderesse entend à son tour les contester par des pseudo nova, la condition de l'art. 229 al. 1 let. b CPC est remplie, dans la mesure où ces nova ne pouvaient pas être introduits avant la clôture de la phase d'allégation, même en faisant preuve de la diligence requise. Pour que le demandeur puisse établir sa diligence, il est néanmoins indispensable que les nova présentés dans la duplique soient la cause de cette introduction de nova (ATF 146 III 55 consid. 2.5.2 et les réf.).

Les nova ou pseudo nova doivent, en outre, être invoqués sans retard, soit immédiatement, afin d'éviter des manœuvres dilatoires (Message

relatif au code de procédure civile suisse du 28 juin 2006, FF 2006, p. 6841 ss, p. 6948 s.). La loi ne fixe pas de délai dans lequel les nova doivent être invoqués pour que l'on puisse admettre qu'ils l'ont été « sans retard ». Dans un arrêt de 2019, le Tribunal fédéral a rappelé que la doctrine et la jurisprudence cantonale retiennent majoritairement que la réaction doit être rapide, l'introduction des nova devant intervenir au plus tard dans les cinq jours, sept jours, respectivement dix jours dès leur découverte (arrêt 5A_141/2019 du 7 juin 2019 consid. 6.3 et les réf.). Dans deux arrêts antérieurs, il avait toutefois mentionné l'admissibilité d'un délai de dix jours à deux semaines en lien avec l'introduction de nova en appel selon l'art. 317 al. 1 let. a CPC, précisant que cette condition de l'invocation sans retard tendait à assurer la célérité de la procédure (arrêt 4A_707/2016 du 29 mai 2017 consid. 3.3.2) ou d'un délai plus long dans une affaire complexe (arrêt 4A_61/2017 précité consid. 6.2.2).

3.3.2 En l'occurrence, le magistrat de première instance n'a pas imparti de délai au poursuivant pour se déterminer sur l'écriture de la poursuite. Celui-ci l'a fait après 13 jours. Sa réplique spontanée ne pouvait dès lors être considérée comme tardive (cf. arrêt 4A_61/2017 du 31 août 2017 consid. 6.2.2 et les réf.), les dix jours mentionnés par la jurisprudence ne constituant pas un délai fixé aux parties, mais indiquant aux autorités à partir de quel moment elles peuvent, en l'absence de détermination, considérer qu'une partie a renoncé à exercer son droit de réplique spontané. Le juge de district ne pouvait, en l'espèce, partir du principe que tel était le cas au moment où il a rendu sa décision, le 13 décembre 2020, dès lors qu'il avait reçu une réplique spontanée, qui lui avait été adressée le 21 novembre précédent.

Cependant, dès lors qu'il s'agissait de l'exercice d'un droit de réplique spontané et non d'un second échange d'écritures, le poursuivant n'était pas admis à alléguer des faits nouveaux et à déposer de nouvelles pièces de manière illimitée, mais uniquement aux conditions de l'art. 229 al. 1 CPC.

La cause n'est pas soumise à la maxime d'office. Le recourant ne prétend pas, à juste titre, que les éléments contenus dans son écriture du 21 novembre 2019 constituaient des nova proprement ou improprement dits. Tant les faits mentionnés dans cette écriture que les pièces déposées en annexe à celle-ci sont antérieurs à la requête de mainlevée. De plus, aucun élément n'indique que le poursuivant n'aurait

pas été en mesure, en faisant preuve de diligence, de s'en prévaloir dans la requête. Il ne prétend pas qu'il les ignorait, ni qu'ils n'étaient pas disponibles. Il fait valoir que ces éléments répondaient aux arguments de la partie adverse. Il n'en reste pas moins qu'il s'agissait d'objections prévisibles – notamment compte tenu de la jurisprudence claire relative au contrat passé entre le représentant d'une société à titre personnel et celle-ci. De plus, la validité des prêts et l'exigibilité de la dette dont il demande le remboursement étaient des conditions à l'octroi de la mainlevée. La charge de la preuve des faits y relatifs ne résultait dès lors pas d'éléments nouveaux présentés dans la détermination. Ils devaient, au contraire, être allégués, d'emblée, dans la requête de mainlevée. Les faits nouveaux présentés dans cette écriture ne sauraient non plus être considérés comme des faits implicites, découlant de la seule allégation des prêts (sur cette notion : cf. ATF 144 III 519 consid. 5.3.2 ; arrêt 4A_283/2008 du 12 septembre 2008 consid. 6, n. p. à l'ATF 134 III 541 ; Hohl, Procédure civile, t. I, 2016, n. 1238 ss et 1294 ss).

Au demeurant, la condition de l'allégation immédiate n'était pas réalisée. Compte tenu du caractère sommaire de la procédure de mainlevée, le délai de 13 jours était excessif, d'autant plus que les éléments soulevés dans la brève détermination de l'intimée (3 pages) ne revêtaient guère de complexité.

Ils ne pouvaient, dès lors, pas être pris en compte par le magistrat de première instance.

3.4 Ces éléments ne peuvent pas non plus être pris en considération par le juge de céans, les allégations de faits et les preuves nouvelles étant irrecevables en instance de recours (art. 326 al. 1 CPC).