

## **VD\_FINDINFO ML / 2012 / 235 vom 15. Oktober 2012**

VD Tribunal cantonal, 2012-10-15, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_ML\\_\\_\\_2012\\_\\_\\_235](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_ML___2012___235)

FR: VD\_FINDINFO ML / 2012 / 235 du 15 octobre 2012

IT: VD\_FINDINFO ML / 2012 / 235 del 15 ottobre 2012

### **Regeste**

DROIT D'ÊTRE ENTENDU, PRÉSUMPTION IRRÉFRAGABLE, NOTIFICATION PAR HUISSIER, FRAIS JUDICIAIRES, ÉQUITÉ, NULLITÉ | 16 al. 1 LP, 84 al. 2 LP, 107 al. 2 CPC (CH), 138 CPC (CH), 253 CPC (CH), 320 let. a CPC (CH), 327 al. 3 let. a CPC (CH), 53 al. 1 CPC (CH)

### **Erwägungen**

#### **E. 2**

Par acte motivé déposé le 10 février 2012, V. \_\_\_\_\_, indiquant avoir fait l'objet de saisies exécutées les 18 et 25 janvier 2012, a recouru notamment contre le prononcé de mainlevée "KC11.035250", concluant à l'annulation de la saisie et à ce qu'ordre soit donné au premier juge de motiver sa décision. Par décision du 28 février 2012, le président de la cour de céans a accordé d'office l'effet suspensif. L'intimée, soit son représentant, ne s'est pas déterminée sur le recours dans le délai qui lui a été imparti à cet effet. En droit : I. Le recours est écrit et motivé (art. 321 al. 1 CPC [Code de procédure civile; RS 272]) et contient des conclusions tendant à l'annulation de la saisie, qui n'est pas de la compétence de la cour de céans, et à ce que le premier juge motive sa décision. Cette deuxième conclusion est recevable (sur l'exigence des conclusions : cf. Jeandin, CPC commenté, n. 5 ad art. 321 CPC; Freiburghaus/ Afheldt, ZPO Kommentar, n. 14 ad art. 321 CPC; ATF 137 III 617 c. 4, rés. in JT 2012 I 373). Pour les motifs exposés ci-après, la fiction de la notification à l'échéance du délai de garde postal est inopérante en l'espèce, de sorte que le dispositif du prononcé attaqué n'a jamais été notifié régulièrement à la poursuivie et que le délai pour le contester n'a pas commencé à courir. Le délai de dix jours de l'art. 321 al. 2 CPC a ainsi été respecté. Dans la mesure définie au début de ce considérant, le recours est recevable. II. a) Depuis l'entrée en vigueur du CPC, le 1<sup>er</sup> janvier 2011, la procédure de mainlevée est régie par la procédure sommaire des art. 248 ss CPC (art. 251 let. a CPC; Staehelin, Basler Kommentar, n. 2a ad art. 84 LP [loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite; RS 281.1]). En application de l'art. 253 CPC, lorsque la requête ne paraît pas manifestement irrecevable ou infondée, le tribunal donne à la partie adverse l'occasion de se déterminer oralement ou par écrit. En procédure de mainlevée également, l'art. 84 al. 2 in initio LP prévoit que le juge du for de la poursuite donne au débiteur, dès réception de la requête, l'occasion de répondre verbalement ou par écrit, avant qu'il ne notifie sa décision. Ces dispositions concrétisent le droit d'être entendu du défendeur ou intimé, respectivement du poursuivi, garanti par l'art. 53 CPC ainsi que par les art. 29 al. 2 Cst. [Constitution fédérale de la Confédération suisse; RS 101] et 6 § 1 CEDH [Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales; RS 0.101] (Haldy, CPC commenté, nn. 1 à 5 ad art. 53 CPC; Bohnet, CPC commenté, n. 2 ad art. 253 CPC; Chevallier, ZPO Kommentar, n. 1 ad art. 253 CPC). En l'espèce, le premier juge a adressé à

la poursuivie un pli recommandé pour lui notifier la requête de mainlevée et lui fixer un délai pour se déterminer. L'intéressée n'a toutefois pas retiré le pli dans le délai de garde postal. b) La décision par laquelle le juge opte pour une détermination orale ou une détermination écrite, et conséquemment renonce aux débats (art. 256 al. 1 CPC), est une ordonnance d'instruction au sens de l'art. 319 let. b CPC (Chevallier, op. cit., n. 1 in fine ad art. 253 CPC; Staehelin, op. cit., n. 41 ad art. 84 LP). Aux termes de l'art. 138 al. 1 CPC, les citations, les ordonnances et les décisions sont notifiées par envoi recommandé ou d'une autre manière contre accusé de réception. L'acte est réputé notifié lorsqu'il a été remis au destinataire, à un de ses employés ou à une personne de seize ans au moins vivant dans le même ménage, l'ordre donné par le tribunal de notifier l'acte au destinataire personnellement étant réservé (art. 138 al. 2 CPC). L'acte est en outre réputé notifié en cas d'envoi recommandé lorsque celui-ci n'a pas été retiré à l'expiration d'un délai de sept jours à compter de l'échec de la remise, si le destinataire devait s'attendre à recevoir la notification (art. 138 al. 3 let. a CPC). Cette fiction de notification à l'échéance du délai de sept jours n'intervient ainsi que si le destinataire devait s'attendre à recevoir une communication du tribunal. Elle se fonde sur le devoir des parties, dicté par les règles de la bonne foi, de faire en sorte que les pièces de procédure puissent les atteindre. Par conséquent, ce devoir n'existe que lorsque le destinataire est partie à une procédure en cours (Bohnet, op. cit., n. 26 ad art. 138 CPC; Staehelin, ZPO Kommentar, n. 9 ad art. 138 CPC). Selon la jurisprudence, le débiteur qui fait opposition à un commandement de payer n'est pas censé se tenir prêt à tout moment à recevoir une requête de mainlevée, car il s'agit-là d'une nouvelle procédure (ATF 138 III 225 c. 3.1; ATF 130 III 396, JT 2005 II 87; TF 5A\_552/2011 du 10 octobre 2011 c. 2.1; TF 5D\_130/2011 du 22 septembre 2011 c. 2.1; TF 5A\_710/2011 du 28 janvier 2011 c. 3.1; TF 5A\_172/2009 publié in BLSchK 2010 p. 207 et note du rédacteur Hans-Jörg Peter et les références citées; Bohnet, op. cit., n. 27 ad art. 138 CPC). Ainsi, lorsque le pli contenant la convocation à l'audience et la requête de mainlevée, ou la requête seule avec délai pour se déterminer par écrit, n'a pas été retiré dans le délai de garde, il doit être notifié à nouveau d'une autre manière contre accusé de réception (art. 138 al. 1 CPC), soit notamment par huissier (Bohnet, op. cit., n. 31 ad art. 138 CPC; CPF, 11 juillet 2012/270; CPF, 16 mai 2012/214; CPF, 1<sup>er</sup> février 2012/13). La cour de céans en avait jugé pareillement sous l'empire de l'ancien droit de procédure (CPF, 8 septembre 2011/375; CPF, 7 février 2011/37; CPF, 9 décembre 2010/470; CPF, 29 avril 2010/190 et les références citées.) c) En l'espèce, en ne permettant pas à la poursuivie de prendre concrètement connaissance de la requête de mainlevée, puis de s'exprimer à son sujet, le premier juge a violé le droit de cette partie d'être entendue, garanti par les art. 84 al. 2 LP ainsi que par les art. 53 et 253 CPC (CPF, 16 mai 2012/214 précité). Cette violation ne peut pas être réparée en deuxième instance car, en procédure de recours, le tribunal doit statuer sur un état de fait identique à celui examiné par le premier juge, l'instance de recours ayant pour mission de contrôler la conformité au droit de la décision attaquée, mais pas de poursuivre la procédure de première instance, si bien qu'à l'instar du Tribunal fédéral, le tribunal de deuxième instance doit contrôler la juste application du droit à un état de fait arrêté définitivement (Chaix, Introduction au recours de la nouvelle procédure civile fédérale, in SJ 2009 II 257 ss, n. 17, p. 267). Comme la partie recourante ne peut pas alléguer de faits nouveaux ni produire de nouvelles pièces ni prendre de nouvelles conclusions (art. 326 CPC), elle ne peut s'exprimer de la même manière que si elle avait pu le faire en première instance (Staehelin, op. cit., n. 41 ad art. 84 LP et la référence citée publiée in Rep. 1981 p. 393). d) Un jugement de mainlevée est nul quand le poursuivi n'a

reçu ni la convocation à l'audience et la requête de mainlevée, ou la requête seule avec délai pour se déterminer par écrit, ni le jugement de mainlevée (ATF 102 III 133, rés. in JT 1978 II 62; CPF, 16 juin 2011/213 et les références citées). En effet, dans l'hypothèse où la partie poursuivie n'a pas eu connaissance d'une manière ou d'une autre de la procédure de mainlevée ni du prononcé rendu, elle ne peut pas recourir contre ce prononcé en soulevant le moyen tiré de l'assignation irrégulière (CPF, 25 juin 2009/193). Au demeurant, en pareil cas, la poursuite ne peut pas être continuée (TF 7B.153/2006 du 13 octobre 2006 c. 3.1). Selon la jurisprudence rendue sous l'égide de l'ancien droit de procédure, dans une telle situation, le prononcé devait être annulé d'office (CPF, 9 décembre 2010/470; CPF, 1<sup>er</sup> juillet 2010/284). Cette jurisprudence reste applicable sous le nouveau droit (CPF, 11 juillet 2012/270 précité). En effet, le pouvoir d'examen en droit du juge saisi d'un recours au sens de l'art. 319 ss CPC est le même qu'en cas d'appel ordinaire (art. 308 ss CPC), donc en tous points similaires à celui du premier juge (Jeandin, op. cit., n. 2 ad art. 320 CPC). D'après la jurisprudence, la cour de céans est ainsi habilitée à constater la violation des règles de procédure civile sur l'assignation, même si le grief n'a pas été expressément soulevé (CPF, 11 juillet 2012/270 précité). Il y a donc lieu d'annuler d'office le prononcé de mainlevée attaqué. III. Vu ce qui précède, le recours doit être admis, le prononcé annulé et la cause renvoyée au premier juge pour qu'il fasse notifier la requête de mainlevée à la recourante et lui fixe un délai pour se déterminer. Les règles du CPC sont directement applicables aux décisions judiciaires en matière de droit de la poursuite pour dettes et la faillite, conformément à l'art. 1 let. c CPC, sous réserve de dispositions spéciales contraires de la LP. Ainsi, en matière d'émoluments – ou frais –, les montants sont fixés par l'Ordonnance sur les émoluments perçus en application de la LP [OELP; RS 281.35], en vertu de l'art. 16 al. 1 LP, à l'exclusion du Tarif des frais judiciaires civils [TFJC; RSV 270.11.5], mais les principes régissant la répartition des frais sont inscrits dans le CPC. L'OELP ne contient aucune disposition permettant au tribunal de renoncer à un émolument, mais, comme il s'agit d'une question de principe, l'art. 107 al. 2 CPC est applicable. Cette disposition prévoit que les frais judiciaires qui ne sont pas imputables aux parties peuvent être mis à la charge du canton si l'équité l'exige, en particulier lorsque le recours a été nécessaire pour corriger une erreur du juge dont on ne saurait tenir l'autre partie pour responsable (Tappy, CPC commenté, n. 37 ad art. 107 CPC et les références citées). Le présent arrêt peut dès lors être rendu sans frais (CPF, 21 décembre 2011/543; CPF, 16 novembre 2011/495). L'avance de frais, par 180 fr., effectuée par la recourante, doit par conséquent lui être restituée. En ce qui concerne les dépens, c'est le Tarif des dépens en matière civile [TDC; RSV 270.11.6] qui fixe les montants. Quant à la répartition de leur charge, l'art. 2 TDC renvoie aux art. 106 à 109 CPC. En règle générale, les dépens sont mis à la charge de la partie qui succombe, c'est-à-dire qui n'obtient pas gain de cause (art. 106 al. 1 CPC). En cas d'erreur du juge, on considère que "la faute du juge est celle de la partie", les dépens n'étant pas laissés à la charge de l'Etat qui n'est pas partie à la procédure (Tappy, op. cit., n. 35 ad art. 107 CPC). Sur le principe, la recourante aurait ainsi droit à des dépens, consistant en une indemnité pour le défraiement d'un représentant professionnel. Toutefois, elle a procédé sans l'assistance d'un tel représentant, de sorte qu'il n'y a pas lieu de lui allouer des dépens de deuxième instance.