

**COUR DES POURSUITES ET FAILLITES**

---

---

Arrêt du 1<sup>er</sup> février 2012

---

Présidence de M. HACK, président  
Juges : M. Muller et M. Vallat, juge suppléant  
Greffier : Mme Nüssli

\*\*\*\*\*

**Art. 81 al. 2 aLP, 29 al. 2 Cst, 6 CEDH, 50 aLVLP**

La Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal, statuant à huis clos en sa qualité d'autorité de recours en matière sommaire de poursuites, s'occupe du recours exercé par **E.\_\_\_\_\_ AG**, à Glattbrugg, contre le prononcé rendu le 22 février 2011, à la suite de l'audience du 6 décembre 2010, par le Juge de paix du district de Lausanne, dans la cause opposant la recourante à **R.\_\_\_\_\_**, à Lausanne.

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

**En fait :**

1. A la requête d'E. \_\_\_\_\_ AG, l'Office des poursuites du district de Lausanne-Ouest a notifié le 11 octobre 2010 à R. \_\_\_\_\_, dans la poursuite n° 5'550'660, un commandement de payer portant sur divers montants totalisant 86'777 fr., chacun des montants portant intérêt à 5 %. Le titre de la créance invoqué était : "Jugement du Tribunal de Commerce du 4 mai 2010".

Le poursuivi a formé opposition totale.

Par requête du 26 octobre 2010, la poursuivante a requis la mainlevée définitive de l'opposition et a produit le commandement de payer ainsi que la décision du 4 mai 2010 du Tribunal de Commerce de Zurich condamnant le poursuivi à payer à la poursuivante les montants suivants :

- 15'800 fr., plus intérêt à 5 % l'an dès le 28 octobre 2009;
- 6'770 fr., plus intérêt à 5 % l'an dès le 4 novembre 2009;
- 9'600 fr., plus intérêt à 5 % l'an dès le 11 novembre 2009;
- 5'220 fr., plus intérêt à 5 % l'an dès le 18 novembre 2009;
- 6'180 fr., plus intérêt à 5 % l'an dès le 25 novembre 2009;
- 8'200 fr. plus intérêt à 5 % l'an dès le 2 décembre 2009;
- 4'417 fr., plus intérêt à 5 % l'an dès le 9 décembre 2009;
- 5'155 fr., plus intérêt à 5 % l'an dès le 16 décembre 2009;
- 3'520 fr., plus intérêt à 5 % l'an dès le 23 décembre 2009;
- 400 fr., plus intérêt à 5 % l'an dès le 30 décembre 2009;
- 4'000 fr., plus intérêt à 5 % l'an dès le 6 janvier 2010;
- 7'500 fr., plus intérêt à 5 % l'an dès le 13 janvier 2010.

Ce jugement, qui mentionne les voies de droit et qui est attesté définitif et exécutoire selon mention du 20 octobre 2010, mettait encore à la charge du poursuivi des frais et dépens en faveur de la poursuivante à concurrence de 615 francs et de 9'400 francs.

**2.** Les parties ont été citées à comparaître le 6 décembre 2010 par le Juge de paix du district de Lausanne "pour voir statuer sur une requête de mainlevée déposée par E.\_\_\_\_\_ AG contre R.\_\_\_\_\_ dans la poursuite n° 5550660 de l'Office des poursuites de Lausanne-Ouest". La convocation précisait qu'il serait procédé même en l'absence des parties, leur présence n'étant pas indispensable.

Par lettre du 3 décembre 2010, reçue au greffe de la justice de paix le 6 décembre 2010, R.\_\_\_\_\_, agissant par son conseil, a conclu au rejet de la requête, invoquant n'avoir pas été valablement cité à comparaître par le Tribunal de Commerce de Zurich, plus précisément "n'avoir pas été une fois ou l'autre convoqué à une audience par cette instance".

Le 21 janvier 2011, le Juge de paix a notifié aux parties son prononcé, rejetant la requête de mainlevée (I), arrêtant à 480 fr. les frais de justice de la poursuivante (II) et mettant à la charge de cette dernière des dépens à hauteur de 500 fr. (III). Ce prononcé précisait avoir été rendu par défaut de la partie poursuivante.

Par écriture du 26 janvier 2011, E.\_\_\_\_\_ AG s'est étonnée que ce prononcé ait été rendu "par défaut de la poursuivante" en relevant s'être rendue à l'audience.

Le 22 février 2011, le Juge de paix a adressé aux parties pour notification un nouveau prononcé, annulant et remplaçant la décision notifiée le 21 janvier 2011, rectifié en ce sens que c'est la partie poursuivie et non la partie poursuivante qui avait fait défaut. Dans le courrier accompagnant le nouveau prononcé, le juge de paix a écrit au conseil de la poursuivante :

"Cela étant, je ne suis pas en mesure de vous produire le procès-verbal de dite audience un procès-verbal n'étant pas tenu pour ce qui est des procédures de mainlevées.

Dans le même temps, je vous prie de trouver ci-joint copie d'un courrier reçu du conseil de la partie poursuivie [...], qui a conclu au rejet de la requête de mainlevée définitive au motif que son mandant n'aurait pas été valablement cité à comparaître devant le Tribunal de Zürich".

**3.** Par acte du 4 mars 2011, d'emblée motivé, E.\_\_\_\_\_ AG a recouru contre ce prononcé, concluant, sous suite de frais et dépens, à sa "cassation" et à la mainlevée définitive de l'opposition à concurrence des sommes en poursuite; elle a requis l'effet suspensif au recours. La recourante a produit diverses pièces à l'appui de cette écriture.

Par décision du 21 avril 2011, le président de la cour de céans a accordé l'effet suspensif, les dépens suivant le sort du recours.

Le même jour, le juge de paix a été invité à motiver sa décision.

Le prononcé motivé a été adressé aux parties le 7 juillet 2011. Il en ressort, en bref, que le rejet de la requête était justifié, aux yeux du premier juge, par le fait que le poursuivi avait soulevé l'exception de l'ancien art. 81 al. 2 LP en invoquant n'avoir pas été régulièrement cité à comparaître par l'autorité judiciaire zurichoise et que la partie poursuivante n'avait pas rapporté par pièce la preuve d'une telle citation.

Par acte du 12 juillet 2011, le recourant a réitéré sa déclaration de recours, en se référant à son écriture précédente.

Dans ses déterminations du 12 septembre 2011, l'intimé a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet du recours.

**En droit :**

**I.** En vertu de l'art. 405 al. 1 CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272), le recours est régi par le droit en vigueur au moment de la communication de la décision attaquée aux parties, la date déterminante étant celle de l'envoi du dispositif par le tribunal (ATF 137 III 127, JT 2011 II 226). En l'espèce,

le dispositif du prononcé attaqué a été adressé pour notification aux parties le 22 février 2011 (prononcé annulant et remplaçant la décision également notifiée en 2011, soit le 21 janvier 2011), de sorte que c'est le nouveau droit de procédure qui s'applique au présent recours. En revanche, comme on le verra, la décision entreprise a été rendue sous l'ancien droit (art. 404 al. 1 CPC) et c'est en application de celui-ci qu'il conviendra d'examiner les mérites du recours.

Seule la voie du recours est ouverte contre le prononcé entrepris (art. 309 let. b ch. 3 et 319 let. a CPC).

L'acte de recours, mis à la poste le 12 juillet 2011, contre le prononcé dont la motivation a été notifiée le 8 juillet 2011, a été déposé en temps utile (art. 321 al. 2 CPC).

Cet acte, qui est signé, renvoie à la motivation contenue dans la déclaration de recours du 4 mars 2011 ce qui suffit à répondre aux exigences de motivation de l'art. 321 al. 1 CPC. La recourante conclut à "la cassation" de la décision et au prononcé de la mainlevée. Il faut comprendre par là qu'elle conclut à l'annulation de cette décision et demande à la cour de céans de statuer dans l'hypothèse où la cause serait en état d'être jugée, conformément à l'art. 327 al. 3 CPC.

Les pièces produites avec la déclaration de recours du 4 mars 2011 sont irrecevables en tant qu'elles ne l'ont pas été en première instance (art. 326 al. 1 CPC).

**II.** La recourante reproche au premier juge d'avoir retenu l'exception de défaut de citation à comparaître (art. 81 al. 2 aLP) sans lui avoir donné la possibilité de se déterminer sur ce moyen.

L'intimé objecte qu'il aurait incombé à la recourante d'agir avec les précautions commandées par les circonstances, de prévoir cet

écueil et de produire les pièces ad hoc à l'appui de sa requête de mainlevée.

**a)** Dans sa jurisprudence récente, le Tribunal fédéral a déduit des art. 29 al. 2 Cst et 6 CEDH un droit de réplique, surtout en matière de procédure pénale et de droit public; compris comme l'un des aspects de la notion générale de procès équitable au sens de ces dispositions, le droit d'être entendu garantit notamment le droit pour une partie à un procès de prendre connaissance de toute argumentation présentée au tribunal et de se déterminer à son propos, que celle-ci contienne ou non de nouveaux éléments de fait ou de droit, et qu'elle soit ou non concrètement susceptible d'influer sur le jugement à rendre, car il appartient aux parties, et non au juge, de décider si une prise de position ou une pièce nouvellement versée au dossier contient des éléments déterminants qui appellent des observations de leur part. Ainsi, toute prise de position ou pièce nouvelle versée au dossier doit être communiquée aux parties pour leur permettre de décider si elles veulent ou non faire usage de leur faculté de se déterminer (TF 2C\_156/2011 du 14 avril 2011 c. 2.2; ATF 133 I 100 c. 4.5, JT 2008 I 368; ATF 133 I 98 c. 2.2, JT 2007 I 379; ATF 132 I 42 c. 3.3, JT 2008 I 110). Cette jurisprudence est également applicable en procédure civile et s'applique nonobstant le fait qu'en principe la procédure de recours est limitée à un seul échange d'écritures (Freiburghaus/ Afheldt, Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung, Zurich 2010, n. 8 ad art. 327 CPC; cf. aussi en matière de poursuite pour dettes et la faillite : ATF 137 I 201, c. 2.3 et les références citées ; TF 5A\_42/2011 du 21 mars 2011 c. 2; CPF, 23 août 2011/290). C'est également la solution retenue par la doctrine majoritaire en application du nouveau droit (Bohnet, Code de procédure civile commenté, 2011, n. 9 ad art. 253 CPC; Stephan Mazan, in BSK Schweizerische Zivilprozessordnung, 2010, n. 15 ad art. 253 CPC; Marco Chevalier, in Sutter-Sohm et al., Kommentar zur Schweizerischen ZPO, 2010, n. 12 ad art. 253 CPC; Martin Kaufmann, in Schweizerische ZPO, Kommentar, 2011, n. 15 ad art. 253 CPC; Ingrid Jent-Sorensen, in Oberhammer Schweizerische ZPO, n. 7 ad art. 253).

**b)** En l'espèce, le poursuivi a invoqué l'exception litigieuse par courrier du 3 décembre 2010, reçu au greffe le 6 décembre 2010, jour de l'audience de mainlevée.

Il convient de souligner à cet égard que, s'il appartient au poursuivant d'établir que le poursuivi a été valablement assigné devant l'autorité qui a statué au

fond, le juge n'examine pas d'office ce moyen, mais seulement s'il est soulevé par le poursuivi (Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, nn. 89 et 92 ad art. 82 LP).

Il s'ensuit que le fait que le poursuivi ait soulevé cette exception constituait un élément déterminant du dossier, qui devait donc être porté à la connaissance de la poursuivante, en vertu des principes précités.

Cela étant, dans le cadre de la procédure sommaire de mainlevée, l'instruction a lieu lors de l'audience de mainlevée : le juge examine les pièces produites et interroge les parties sans autres mesures d'instruction (art. 50 aLVLP, applicable à la présente cause en vertu de l'art. 404 al. 1 CPC), sauf dans les cas, non réalisés ici, énumérés à l'art. 51 aLVLP. Dès lors, la communication des éléments pertinents du dossier pourra se faire par consultation du dossier avant l'audience ou oralement au cours de l'audience, au cours de laquelle les parties auront l'occasion de répliquer et dupliquer oralement (Fratini, La mise en œuvre du droit à la réplique dans les nouveaux codes de procédure suisses, in Jusletter 14. November 2011, n. 26 p. 6).

En l'espèce toutefois, il est peu probable que la recourante aurait eu la possibilité matérielle d'avoir connaissance de la lettre du 3 décembre 2010 en venant consulter le dossier avant l'audience, dès lors que celle-ci est parvenue au greffe le jour même de l'audience. Il ne ressort par ailleurs pas du dossier que la communication de cette lettre ait eu lieu lors de l'audience. Le courrier du juge de paix du 22 février 2011 laisse plutôt supposer que la communication de la détermination de l'intimé n'a eu lieu qu'à cette dernière date, soit postérieurement à l'audience du 6 décembre 2010, de sorte que l'intéressée, qui s'est présentée à cette audience, n'a eu aucune possibilité de se déterminer sur l'exception ainsi soulevée. Le grief qu'elle soulève est donc bien fondé.

**III.** Conformément à l'art. 327 al. 1 CPC, si elle admet le recours, la cour de céans annule la décision ou l'ordonnance d'instruction et renvoie la cause à l'instance précédente ou rend une nouvelle décision, si la cause est en état d'être jugée.

En l'espèce, la recourante n'a pas été mise en mesure de se déterminer en première instance en relation avec l'exception soulevée par le poursuivi. Il s'agit d'un vice qui ne peut être guéri par l'instance de recours (ATF 137 I 2010 précité, c. 2) et, de surcroît, statuer sur cette base, priverait les parties de la garantie de la double instance cantonale. La cause doit donc être renvoyée au juge de première instance.

Le recours doit ainsi être admis et le prononcé annulé, le dossier étant renvoyé au Juge de paix du district de Lausanne pour nouvelle instruction et nouvelle décision.

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 750 fr. sont mis à la charge de l'intimé. Celui-ci devra verser à la recourante la somme de 1'750 fr., à titre de dépens et de restitution d'avance de frais de deuxième instance.

Par ces motifs,

la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal,

statuant à huis clos en sa qualité d'autorité

de recours en matière sommaire de poursuites,

prononce :

**I.** Le recours est admis.

**II.** Le prononcé est annulé, le dossier étant renvoyé au Juge de paix du district de Lausanne pour nouvelle instruction et nouvelle décision.

- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 750 fr. (sept cent cinquante francs), sont mis à la charge de l'intimé.
  
- IV.** L'intimé R. \_\_\_\_\_ doit verser à la recourante E. \_\_\_\_\_ AG la somme de 1'750 fr. (mille sept cent cinquante francs) à titre de dépens et de restitution d'avance de frais de deuxième instance.

**V. L'arrêt est exécutoire.**

Le président :

La greffière :

Du 1<sup>er</sup> février 2012

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, prend date de ce jour.

Il est notifié, par l'envoi de photocopies, à :

- Me Tom Frey, avocat (pour E. \_\_\_\_\_ AG),
- Me Jean-Pierre Bloch, avocat (pour R. \_\_\_\_\_).

La Cour des poursuites et faillites considère que la valeur litigieuse est de 86'777 francs.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, au moins à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Cet arrêt est communiqué à :

- Mme le Juge de paix du district de Lausanne.

La greffière :