

**COUR DES POURSUITES ET FAILLITES**

---

---

Arrêt du 11 avril 2012

---

Présidence de M. SAUTEREL, vice-président  
Juges : M. Bosshard et Mme Rouleau  
Greffier : Mme Joye

\*\*\*\*\*

**Art. 82, 265a al. 1 LP**

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 **R.**\_\_\_\_\_, à Belmont-sur-Lausanne, contre le prononcé rendu le 5 juillet 2011, à la suite de l'audience du 9 juin 2011, par le Juge de paix du district de Lavaux-Oron, dans la cause opposant le recourant à **Q.**\_\_\_\_\_ **SA**, à Lausanne.

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

**En fait :**

**1.** Le 11 octobre 2010, l'Office des poursuites du district de Lavaux-Oron a notifié à R.\_\_\_\_\_, sur réquisition de Q.\_\_\_\_\_ SA, un commandement de payer dans la poursuite n° 5'553'139, portant sur la somme de 125'801 fr. 70 sans intérêt, indiquant comme titre de la créance : « Montant dû selon acte de défaut de biens après faillite n° L443-2009 délivré le 8 février 2010 par l'Office des faillites de Vevey ». Le poursuivi a fait opposition totale et invoqué le non- retour à meilleure fortune.

**2.** Le 6 avril 2011, la poursuivante a requis la mainlevée de l'opposition. Elle a fondé sa requête sur les pièces suivantes :

- l'acte de défaut de biens après faillite n° L443-2009 délivré par l'Office des faillites de l'arrondissement de l'Est vaudois, portant sur une dette de R.\_\_\_\_\_ à l'égard de Q.\_\_\_\_\_ SA d'un montant de 125'801 fr. 70, mentionnant que le failli a reconnu la créance,
- un prononcé rendu par défaut des parties le 21 février 2011 par le Juge de paix du district de Lavaux-Oron, à la suite d'une audience du 8 février 2011, attesté définitif et exécutoire depuis le 14 mars 2011, écartant l'exception de non-retour à meilleure fortune formée par le débiteur R.\_\_\_\_\_ dans le cadre de la poursuite n° 5'553'139 de l'Office des poursuites du district de Lavaux-Oron.

**3.** Par prononcé du 5 juillet 2011, rendu à la suite d'une audience tenue le même jour, le Juge de paix du district de Lavaux-Oron a prononcé la mainlevée provisoire de l'opposition à concurrence de 125'801 fr. 70 sans intérêt (I), arrêté à 660 fr. les frais judiciaires, compensés avec l'avance de frais effectuée par la partie poursuivante (II), mis ces frais à la

charge de la partie poursuivie (III) et dit que celle-ci devait rembourser à la partie poursuivante l'avance de frais de 660 fr. et lui verser en outre 350 fr. à titre de défraiement de son représentant professionnel (IV).

Le prononcé motivé a été adressé pour notification aux parties le 12 octobre 2011. Le poursuivi l'a reçu le lendemain. Le premier juge a considéré, en substance, que l'acte de défaut de biens après faillite, mentionnant que le débiteur reconnaissait la créance, valait titre de mainlevée provisoire et que la décision écartant l'exception de non-retour à meilleure fortune était définitive et exécutoire, le poursuivi ne rendant pas vraisemblable ses allégations de violation de son droit d'être entendu dans la procédure y relative.

Par acte du 24 octobre 2011, le poursuivi a recouru contre ce prononcé, concluant, avec suite de frais et dépens, principalement à sa réforme en ce sens que l'opposition est maintenue et, subsidiairement, à son annulation et au renvoi de la cause au premier juge pour nouvelle décision.

Par décision du 27 octobre 2011, le Président de la cour de céans a accordé l'effet suspensif requis par le recourant.

Dans son mémoire du 24 novembre 2011, l'intimée a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet du recours. A l'appui de son écriture, elle a produit trois pièces.

### **En droit :**

I. Le recours a été formé en temps utile, dans le délai de dix jours de l'art. 321 al. 2 CPC (Muster, La nouvelle procédure civile et le droit des poursuites et des faillites, in JT 2011 II 75 ss, p. 100). Le recours est écrit et motivé et contient des conclusions principales en réforme et

subsidiaries en nullité. Il est ainsi recevable à la forme (art. 321 al. 1 CPC; sur l'exigence que l'acte de recours contienne des conclusions : Freiburghaus/Afheldt, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, n. 14 ad art. 321 CPC ; Jeandin, Code de procédure civile commenté, n. 4 ad art. 321 CPC).

En revanche, les pièces produites par l'intimée en deuxième instance, dans la mesure où il s'agit de pièces nouvelles ne figurant pas au dossier de première instance, sont irrecevables, l'art. 326 CPC prohibant les preuves nouvelles.

**II.** Lorsque le débiteur fait opposition au commandement de payer en mentionnant qu'il n'est pas revenu à meilleure fortune, il faut considérer qu'il conteste à la fois la créance en poursuite et son retour à meilleure fortune. La poursuite ne peut dès lors continuer que si le créancier, dans deux procédures distinctes, fait lever l'opposition selon la procédure sommaire de mainlevée et obtient une décision d'irrecevabilité ou de constatation selon la procédure de l'art. 265a LP (CPF, 13 août 1998/424). L'exception de non-retour à meilleure fortune doit être examinée préalablement à l'opposition relative au titre de mainlevée (Peter, édition annotée de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, 2010, note ad art. 265a LP, p. 1145 ; in BISchK 1999 p. 182 ; CPF, 30 septembre 2010/377). Ainsi, pour que le juge de la mainlevée puisse lever l'opposition, il faut que l'opposition pour non-retour à meilleure fortune ait été préalablement déclarée irrecevable en application de l'art. 265a al. 1 LP (Jeandin, Commentaire romand, n. 23 ad art. 265a LP). L'existence d'une décision écartant - valablement - l'exception de non-retour à meilleure fortune doit donc être examinée dans le cadre de la procédure de mainlevée subséquente.

Le recourant fait notamment valoir que dans le cadre de la procédure de non-retour à meilleure fortune, il n'avait reçu ni la convocation à l'audience ni le prononcé du 21 février 2011 écartant son exception, dont il dit avoir pris connaissance seulement au moment où il a consulté le dossier de mainlevée. Il reproche au juge de paix d'avoir

refusé de faire droit à la réquisition de production de pièces qu'il a présentée à l'audience de mainlevée, en mains de la même autorité, afin que cette question puisse être instruite.

Selon la jurisprudence, un jugement de mainlevée est nul quand le poursuivi n'a reçu ni la convocation à l'audience ni le jugement de mainlevée lui-même (ATF 102 III 133, rés. in JT 1978 II 62 ; CPF, 16 juin 2011/213 et les réf. cit.). Les citations et les décisions sont notifiées aux parties par envoi recommandé ou d'une autre manière contre accusé de réception (art. 138 al. 1 CPC). L'acte est 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). 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 d'une nouvelle procédure (Bohnet, Code de procédure civile commenté, n. 27 ad art. 138 CPC et les réf. cit.). Ainsi, lorsque la convocation à l'audience de mainlevée et/ou l'acte introductif d'instance n'ont pas été retirés dans le délai de garde, ils doivent être notifiés à nouveau d'une autre manière contre accusé de réception, soit notamment par huissier (Bohnet, op. cit., n. 31 ad art. 138 CPC). En application - par analogie - de cette jurisprudence, il y a lieu de considérer qu'un jugement de non-retour à meilleure fortune est nul quand le poursuivi n'a reçu ni la convocation à l'audience ni la décision rendue, la fiction de la notification n'étant pas opérante.

En l'espèce, il ressort des motifs du prononcé attaqué que le poursuivi "allègue ne pas avoir été convoqué" dans le cadre de la procédure de non-retour à meilleure fortune, de "ne pas avoir reçu le prononcé y relatif" et avoir "sollicité de la Juge de la mainlevée, lors de l'audience de mainlevée du 9 juin 2011, qu'elle effectue des instructions supplémentaires dans le but de prouver ses allégations". S'il est exact qu'en procédure de mainlevée le créancier ne peut demander la production d'une pièce du débiteur ou d'un tiers, le poursuivi peut, lui, requérir la production de jugements ou d'actes de procédures

d'une autre procédure pour autant qu'elle soit pendante devant le même tribunal (Stahelin, Basler Kommentar, n. 57 in medio ad art. 84 LP; Vock, Kurzkomentar, n. 21 ad art. 84 LP et les réf. cit.). Ainsi, il y a lieu d'admettre que le premier juge a violé le droit à la preuve du poursuivi en refusant la - simple - mesure d'instruction que celui-ci a requise, parfaitement compatible avec le caractère sommaire de la procédure de mainlevée et nécessaire à l'examen de la question de l'existence d'une décision écartant valablement l'exception de non-retour à meilleure fortune.

Par ailleurs, contrairement à ce que soutient l'intimée, on ne saurait reprocher au recourant de ne pas avoir demandé une restitution de délai en application de l'art. 148 CPC au moment où il a pris connaissance du prononcé écartant l'exception de non-retour à meilleure fortune. En effet, cette procédure ayant été initiée en 2010 déjà, soit antérieurement à l'entrée en vigueur de l'art. 148 CPC (art. 404 al. 1 CPC), cette disposition n'est pas applicable. Au surplus, on ignore à quel moment le recourant a consulté le dossier de mainlevée (on sait seulement que c'était entre le moment où la convocation du 6 mai 2011 lui est parvenu et l'audience du 9 juin 2011). Compte tenu de cette incertitude, on ne saurait reprocher au recourant ni un manque de bonne foi (art. 52 CPC) ni de n'avoir pas sollicité ce moyen de preuve en temps utile (art. 152 CPC). Enfin, la requête présentée par le poursuivi à l'audience de mainlevée n'était pas de nature à retarder la procédure (art. 254 al. 2 lit. a CPC).

Dans ces circonstances, la décision entreprise doit être annulée, en application de l'art. 327 al. 2 let. a CPC.

**III.** Le recours est donc admis et le prononcé attaqué annulé, la cause étant renvoyée au premier juge pour nouvelle instruction et nouvelle décision dans le sens des considérants.

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 900 fr., sont mis à la charge de l'intimée. Celle-ci doit verser au recourant la

somme de 2'100 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,  
p r o n o n c e :

- I.** Le recours est admis.
  
- II.** Le prononcé est annulé et la cause renvoyée au Juge de paix du district de Lavaux-Oron pour nouvelle instruction et nouvelle décision dans le sens des considérants.
  
- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 900 fr. (neuf cents francs) sont mis à la charge de l'intimée.
  
- IV.** L'intimée Q. \_\_\_\_\_ SA doit verser au recourant R. \_\_\_\_\_ la somme de 2'100 fr. (deux mille cent francs) à titre de dépens et de restitution d'avance de frais de deuxième instance.
  
  
  
  
  
  
  
  
  
  
- V.** L'arrêt est exécutoire.

Le vice-président :

La greffière :

Du 11 avril 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 Bernard Katz, avocat (pour R. \_\_\_\_\_),
- M. Thierry Zumbach, agent d'affaires breveté (pour Q. \_\_\_\_\_ SA).

La Cour des poursuites et faillites considère que la valeur litigieuse est de 125'801 fr. 70.

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, par l'envoi de photocopies, à :

- Mme le Juge de paix du district de Lavaux-Oron.

La greffière :