

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/16800/2012

ACJC/451/2013

**ARRÊT**

**DE LA COUR DE JUSTICE**

**Chambre civile**

**DU VENDREDI 12 AVRIL 2013**

Entre

**Madame A**\_\_\_\_\_, domiciliée \_\_\_\_\_ Genève, appelante contre une ordonnance rendue par le Tribunal de première instance de ce canton le 21 décembre 2012, comparant par Me Etienne Soltermann, avocat, rue du Roveray 16, 1207 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

et

**Monsieur B**\_\_\_\_\_, domicilié \_\_\_\_\_ (Genève), intimé, comparant par Me Jean De Saugy, avocat, boulevard des Philosophes 9, 1205 Genève, en l'étude duquel il fait élection de domicile,

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 16.04.2013.

---

### **EN FAIT**

- A.** Par ordonnance du 21 décembre 2012, expédiée pour notification aux parties le 10 janvier 2013, le Tribunal de première instance a ordonné la suspension provisoire de la poursuite n° 1\_\_\_\_\_, ordonné la communication de l'ordonnance à l'Office des poursuites compétent, fixé l'émolument forfaitaire à 500 fr., renvoyé la mise à charge de celui-ci à la décision finale, et dit qu'il ne serait pas alloué de dépens.

En substance, le Tribunal a retenu que le poursuivi avait rendu vraisemblable que le montant réclamé en poursuite était supérieur au montant effectivement dû, de sorte qu'il se justifiait de suspendre provisoirement la poursuite jusqu'à droit jugé dans la procédure.

Au pied de l'ordonnance rendue figure la mention selon laquelle celle-ci est susceptible de recours conformément aux art. 319ss CPC.

- B.** Par acte du 21 janvier 2013, A\_\_\_\_\_ a formé recours contre cette ordonnance. Elle a conclu à son annulation, cela fait au déboutement de B\_\_\_\_\_ de toutes ses conclusions, avec suite de frais et dépens.

Par mémoire-réponse du 18 février 2013, B\_\_\_\_\_ a conclu principalement à l'irrecevabilité du recours, subsidiairement à son rejet, avec suite de frais et dépens. Il a expressément reconnu le caractère exact de l'état de fait retenu dans la décision attaquée.

Par détermination du 1<sup>er</sup> mars 2013, A\_\_\_\_\_ a persisté dans ses conclusions.

- C.** Les faits pertinents suivants résultent de la procédure :

**a)** A\_\_\_\_\_ et B\_\_\_\_\_ se sont mariés le \_\_\_\_\_ 1995. Ils sont les parents des jumeaux C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_, nés le \_\_\_\_\_ 1997.

**b)** Par jugement du 28 mai 2009, le Tribunal de première instance, statuant sur mesures protectrices de l'union conjugale, a condamné B\_\_\_\_\_ à contribuer à l'entretien de sa famille à raison de 3'500 fr. par mois, allocations familiales non comprises, dès le 24 octobre 2007.

Par arrêt du 26 novembre 2009, la Cour a réduit le montant dû à 3'000 fr. et donné acte à B\_\_\_\_\_ de son engagement de prendre en charge, en sus, l'intégralité des frais médicaux non couverts par l'assurance-maladie des enfants, ainsi que la part de leurs frais de scolarisation, tant qu'il bénéficierait d'une aide financière de son employeur à cet effet.

c) Statuant, le 24 septembre 2010, sur mesures provisoires dans le cadre de l'action en divorce introduite par B\_\_\_\_\_ le 22 décembre 2009, le Tribunal a attribué au précité la garde des enfants et a condamné A\_\_\_\_\_ à contribuer à l'entretien de ceux-ci à raison de 3'000 fr. par mois dès le 1<sup>er</sup> novembre 2009, allocations familiales non comprises, ainsi qu'à prendre en charge la moitié des frais médicaux des enfants non couverts par l'assurance-maladie, ainsi que la moitié de leurs frais de scolarisation non couverts par l'aide financière accordée à B\_\_\_\_\_ par son employeur.

Par arrêt du 24 juin 2011, la Cour a modifié ce jugement, condamnant A\_\_\_\_\_ à verser, pour l'entretien des enfants, du 1<sup>er</sup> novembre 2009 au 30 juin 2011, le montant total de 47'700 fr. et pour la période postérieure au 1<sup>er</sup> juillet 2011, 2'300 fr. par mois, et à prendre en charge en sus la moitié des frais médicaux non couverts des enfants.

Saisi d'un recours, le Tribunal fédéral a, par arrêt du 5 décembre 2011, réduit à 15'252 fr. 95 le montant dû du 1<sup>er</sup> novembre 2009 au 30 novembre 2010, et libéré A\_\_\_\_\_ de toute contribution dès cette date, B\_\_\_\_\_ devant assumer seul, dès lors, les frais fixes relatifs aux enfants (assurance-maladie, frais d'écolage, frais médicaux non couverts etc.).

d) Le 24 juin 2011, A\_\_\_\_\_ a fait notifier à B\_\_\_\_\_ un commandement de payer poursuite n° 1\_\_\_\_\_ portant sur un montant de 143'150 fr. (dont 132'065 fr. en capital) représentant l'addition de 41 postes, soit 751 fr. 10 [poste 1] avec intérêts à 5% dès le 24 octobre 2007, et 36 x 3'298 fr. [postes 2 à 37] avec intérêts à 5% dès le 1<sup>er</sup> de chaque mois de novembre 2007 à janvier 2011), sous déduction de 606 fr.

Les titres de créances mentionnés étaient les jugement du 28 mai 2009 et arrêt du 26 novembre 2009 précités.

Le poursuivi a formé opposition.

e) Le 4 août 2011, A\_\_\_\_\_ a saisi le Tribunal d'une requête de mainlevée définitive de l'opposition à concurrence de 143'150 fr. 15; dans sa réponse, B\_\_\_\_\_ s'est prévalu d'une créance en 9'200 fr. opposée en compensation, et a produit des pièces tendant à démontrer que, sur l'arriéré réclamé, il s'était acquitté de diverses dépenses en faveur des enfants pour un montant total de 68'000 fr, entre 2007 et 2009.

Par jugement du 18 octobre 2011, le Tribunal a prononcé la mainlevée définitive requise, sous déduction de 9'200 fr.

Statuant le 10 février 2012 sur recours de B\_\_\_\_\_, la Cour a annulé le jugement et rejeté la requête de mainlevée.

---

Le Tribunal fédéral a, par arrêt du 9 juillet 2012, partiellement admis le recours formé par A\_\_\_\_\_ et réformé la décision cantonale précitée, en ce sens que la mainlevée définitive a été prononcée pour les postes 1 à 22 du commandement de payer, sous déduction de 9'806 fr.

Le Tribunal fédéral a notamment retenu que l'arrêt de la Cour du 26 novembre 2009 valait titre de mainlevée pour le montant total de l'arriéré de pensions dues entre le 24 octobre 2007 et le 31 octobre 2009 (soit 79'903 fr.), sous déduction de montants non contestés. Il a écarté la compensation par 68'000 fr. que l'intimé avait fait valoir, moyen qui ne pouvait être invoqué en application de l'art. 81 LP.

f) Le 6 août 2012, l'Office des poursuites a établi, dans la poursuite n° 1\_\_\_\_\_, un avis de saisie des biens de B\_\_\_\_\_ à concurrence de 74'507 fr. 20.

g) Le 15 août 2012, B\_\_\_\_\_ a formé, devant le Tribunal, une requête en annulation de la poursuite n° 1\_\_\_\_\_. Il a pris, à titre préalable, des conclusions tendant à la suspension provisoire de la poursuite, au sens de l'art. 85a ch. 2 LP.

Il a produit des pièces relatives à des paiements effectués par ses soins en faveur des enfants, durant la période considérée, pour un montant supérieur à 90'000 fr.

Lors de l'audience du Tribunal du 4 décembre 2012, A\_\_\_\_\_ a déclaré s'opposer à la suspension provisoire de la poursuite; elle a fait valoir que l'arrêt de la Cour du 26 novembre 2009 avait supprimé la possibilité pour B\_\_\_\_\_ de déduire de la contribution due "les montants payés à ce titre durant une certaine période".

Sur quoi, d'entente entre les parties, la cause a été gardée à juger sur les conclusions en suspension provisoire de la poursuite.

### **EN DROIT**

1. 1.1 La Cour examine d'office la recevabilité des actes qui lui sont adressés (art. 60 CPC).

En l'occurrence, l'intimé conclut à l'irrecevabilité du recours, au motif qu'un appel devait être dirigé contre la décision du Tribunal.

- 1.2 La décision attaquée a été rendue en application de l'art. 85a ch. 2 LP.

Cette disposition ne figure pas dans le catalogue des affaires relevant de la LP dans lesquelles un appel, au sens de l'art. 308 CPC, est irrecevable (art. 309 let. b CPC).

Ce catalogue est exhaustif (HOFFMANN-NOWOTNY, ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, 2013, ad art. 309 n. 2; JEANDIN, Code de procédure civile annoté, 2011, ad art. 309 n. 7).

La décision de suspension provisoire de la poursuite rendue par l'instance cantonale inférieure, en procédure sommaire (BODMER/BANGERT, BIK-SchKG, 2010, ad art. 85a n. 19), est sujette à appel (art. 308 al. 1 let. b CPC), respectivement recours (art. 319 let. a CPC), selon la valeur litigieuse; le délai de recours est de dix jours, selon l'art. 314 al. 1 CPC, respectivement l'art. 321 al. 2 CPC (BODMER/BANGERT, op. cit., ad art. 85a n. 28a).

**1.3** Si un appel est interjeté en lieu et place d'un recours, ou vice-versa, et si les conditions de l'acte qui aurait dû être formé sont remplies, une conversion de l'acte déposé en acte recevable est exceptionnellement possible si cela ne nuit pas aux droits de la partie adverse; cette solution vaut aussi si la juridiction de première instance a indiqué de manière erronée des voies de droit selon l'art. 328 let. f CPC (REETZ, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2010, n. 26 et 51 ad art. 308-318 CPC).

**1.4** Compte tenu de la valeur litigieuse d'espèce, supérieure à 10'000 fr., c'est ainsi un appel, et non un recours, qui devait être interjeté contre la décision du Tribunal du 21 décembre 2012, en dépit de l'indication qui y figure.

L'intimé soutient qu'il serait atteint dans ses droits si la conversion du recours en appel était admise, en particulier sous l'angle de l'appel joint et des allégués et pièces nouveaux. Ce faisant, il perd de vue que l'appel joint est irrecevable dans un appel formé en procédure sommaire (art. 314 al. 2 CPC), et que, en tout état, il n'a pas prétendu qu'il aurait eu concrètement l'intention d'en former un - dont au demeurant on peinerait à discerner quelles pourraient être les conclusions - ni qu'il aurait eu des faits ou pièces nouveaux à alléguer ou à produire (puisqu'il a déclaré expressément que l'état de fait du premier juge était correct).

Dès lors, l'acte de recours déposé, dans le délai légal de dix jours, sera reçu comme un appel.

- 2.** L'appelante fait grief au premier juge d'avoir violé les art. 85a al. 2 LP et 59 al. 2 let. e CPC.

**2.1** L'art. 85a LP dispose que le débiteur poursuivi peut agir en tout temps au for de la poursuite pour faire constater que la dette n'existe pas ou plus, ou qu'un sursis a été accordé (al. 1). Dans la mesure où, après avoir d'entrée de cause entendu les parties et examiné les pièces produites, le juge estime que la demande est très vraisemblablement fondée, il ordonne la suspension provisoire de la poursuite (al. 2).

Selon la jurisprudence, l'action en annulation de la poursuite de l'art. 85a LP a été introduite pour éviter que le débiteur ne fasse l'objet d'une exécution forcée sur son patrimoine alors que sa dette est inexistante ou non exigible. Le législateur a ainsi voulu offrir un moyen de défense supplémentaire au poursuivi qui a omis de

---

former opposition et qui ne peut ni demander la restitution du délai d'opposition, ni prouver par titre l'extinction de sa dette, afin de lui épargner la voie de l'action en répétition de l'indu (ATF 125 III 149 consid. 2c; arrêts du Tribunal fédéral 5A\_712/2008 du 2 décembre 2008 consid. 2.2; 5P.69/2003 du 4 avril 2003 consid. 5.3.1; 5A\_473/2012 du 17 août 2012, consid. 1.1; 5A\_953/2012 du 30 janvier 2013, consid. 4.1).

Comme le prononcé de mainlevée n'est pas revêtu de l'autorité de la chose jugée (ATF 100 III 48 consid. 3 p. 50/51 et les références citées), le poursuivi dont l'opposition a été définitivement levée peut invoquer dans le cadre de l'action en annulation de la poursuite les moyens que le juge de la mainlevée a écartés (arrêt du Tribunal fédéral 5P.214/2006 du 13 avril 2007, consid. 3.2; BODMER/BAGERT, op. cit. ad art. 85a n. 11b; MARCHAND, La compensation dans la procédure de poursuite, in JT 2012 II p. 67).

Le juge n'ordonne la suspension provisoire de la poursuite que si la demande est très vraisemblablement fondée (art. 85a al. 2 LP). Lorsque la demande apparaît manifestement mal fondée ou dilatoire, le poursuivi ne saurait donc bénéficier d'une suspension provisoire (arrêts du Tribunal fédéral 5P.69/2003 du 4 avril 2003 consid. 5.3.1, 5A\_712/2008 du 2 décembre 2008, consid. 2,2).

La demande est très vraisemblablement fondée lorsque les chances de succès du débiteur apparaissent nettement supérieures à celles du créancier (arrêt du Tribunal fédéral 4D\_68/2008 du 28 juillet 2008, consid. 2; BODMER/BANGERT, op. cit. ad art. 85a n. 21).

**2.2** En l'occurrence, la mainlevée définitive de l'opposition formée dans la poursuite dont la suspension provisoire a été ordonnée par le premier juge a été accordée par le Tribunal fédéral. Celui-ci a retenu que l'arrêt de la Cour du 26 novembre 2009 invoqué par la poursuivante valait titre de mainlevée pour le montant total de l'arriéré de pensions dues entre le 24 octobre 2007 et le 31 octobre 2009 (soit 79'903 fr.), sous déduction de 10'500 fr. et 9'200 fr., montants non contestés. Le Tribunal fédéral a, en revanche, écarté la compensation, par 68'000 fr., que l'intimé avait fait valoir, au motif que ce moyen ne pouvait être invoqué à titre d'exception de l'art. 81 LP, dans la procédure de mainlevée définitive.

Le moyen peut, en revanche, être soulevé dans le cadre de l'action prévue à l'art. 85a LP; il s'agit précisément d'un des cas d'application rappelés par la jurisprudence citée ci-dessus.

Le Tribunal fédéral, dans son arrêt du 9 juillet 2012, a encore rappelé, sans le critiquer, le raisonnement de la Cour, qui avait admis qu'en principe les montants versés par le débiteur devaient être déduits de la dette, mais que dans la procédure dont elle était saisie ceux-ci n'avaient pas été prouvés.

Dans la présente cause, l'intimé a fourni des pièces relatives à ces montants, lesquelles rendent vraisemblable, à ce stade, comme l'a retenu le premier juge, la compensation dont il se prévaut, à concurrence d'un montant supérieur à celui pour lequel la mainlevée de l'opposition a été accordée.

Les conditions de l'art. 85a al. 2 LP sont ainsi réalisées, de sorte que le jugement attaqué sera confirmé.

3. L'appelante, qui succombe, supportera les frais de son appel (art. 106 al. 1 CPC), arrêtés à 700 fr. (art. 48 et 61 OELP), couverts par l'avance de frais en l'125 fr. déjà opérée, dont le solde lui sera restitué.

Elle versera à l'intimé 500 fr., débours et TVA compris, à titre de dépens (art. 84, 85, 89, 90 RTFMC, art. 25 et 26 LaCC).

\* \* \* \* \*

**PAR CES MOTIFS,  
La Chambre civile :**

**A la forme :**

Déclare recevable l'appel interjeté par A\_\_\_\_\_ contre l'ordonnance rendue le 21 décembre 2012 par le Tribunal de première instance dans la cause C/16800/2012-16 SCC.

**Au fond :**

Confirme cette ordonnance.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

**Sur les frais :**

Arrête les frais d'appel à 700 fr., couverts par l'avance de frais déjà opérée, acquise à l'Etat et les met à la charge de A\_\_\_\_\_.

Ordonne aux Services financiers du Pouvoir judiciaire de restituer à A\_\_\_\_\_ le montant de 425 fr.

Condamne A\_\_\_\_\_ à verser à B\_\_\_\_\_ 500 fr. à titre de dépens.

**Siégeant :**

Madame Sylvie DROIN, présidente; Monsieur Blaise PAGAN et Madame Nathalie LANDRY-BARTHE, juges; Madame Céline FERREIRA, greffière.

La présidente :

Sylvie DROIN

La greffière :

Céline FERREIRA

**Indication des voies de recours :**

*Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.*

*Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.*

*Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale 30'000 fr.*