

COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

Arrêt du 23 août 2011

Présidence de M. H A C K, président
Juges : Mme Carlsson et M. Bosshard
Greffier : Mme Joye

* * * * *

Art. 82 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 **Q.**_____, à Le Vaud, contre le prononcé rendu le 19 janvier 2011, à la suite de l'audience du 25 novembre 2010, par le Juge de paix du district de Nyon, dans le cadre de la cause opposant le recourant au **K.**_____**SA**, à Genève (poursuite n° 5'499'729 de l'Office des poursuites du district de Nyon).

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

En fait :

1. Le 16 août 2010, l'Office des poursuites du district de Nyon a notifié à Q._____, à la réquisition du K._____ SA, un commandement de payer n° 5'499'729 portant sur les sommes de 134'243 fr. plus intérêt à 5 % l'an dès le 6 août 2010, de 163'967 fr. plus intérêt à 5 % l'an dès le 6 août 2010 et de 3'000 fr. sans intérêt. Les causes des obligations invoquées étaient la suivante : "Dommages et intérêts consécutifs à résiliation. Solde prêt exigible. Frais de recouvrement art 106 CO". Le poursuivi a formé opposition totale.

2. Le 21 septembre 2010, la poursuivante a requis la mainlevée de l'opposition à concurrence de 163'967 fr., avec intérêt à 5 % l'an dès le 6 août 2010, et de 3'000 francs. A l'appui de sa requête, elle a produit, outre le commandement de payer précité, les pièces suivantes :

- une convention signée par les parties le 17 juin 2009 de la teneur suivante :

"Il est préalablement exposé que :

a) M. Q._____, agissant tant en sa qualité de personne physique que d'administrateur de [...] SA, [...] SA, [...] SA et [...] SA, a décidé de confier dès le 1^{er} juin 2009 la gérance des immeubles suivants :

- [...] - propriété M. Q._____; état locatif prévisionnel Fr. 1'835'520.-
- [...] - propriété [...]; état locatif Fr. 156'000.-
- [...] - propriété [...] SA; état locatif Fr. 61'320.-
- [...] - propriété [...] SA; état locatif Fr. 371'928.-
- [...] - propriété [...] SA; état locatif Fr. 385'596.-
- [...] - propriété [...] SA; état locatif Fr. 781'920.-

b) M. Q._____ certifie par les présentes disposer de tous les pouvoirs lui permettant, par sa seule signature individuelle, d'engager chacune des sociétés précitées, soit [...] SA, [...] SA, [...] SA et [...] SA.

c) De son côté, à la demande expresse de M. Q._____, le K._____ SA a accepté en contrepartie de ces mandats de gérance et de leur durée garantie de

3 ans, de prêter à M. Q. _____ et à ses sociétés telles que définies à la lettre A de la présente le montant de Fr. 300'000.--, payable au plus tard le 1^{er} juillet 2009, M. Q. _____ reconnaissant en conséquence devoir rembourser au K. _____ SA le prêt qui lui est consenti et qui ascende à Fr. 300'000.-- + intérêt 5 % et remboursable intégralement sur 24 mois.

d) Il est évident que ce prêt octroyé par le K. _____ SA à M. Q. _____ n'est octroyé qu'en raison - et en contrepartie - de l'apport des immeubles précités (cf. lettre a) en gérance, plus précisément de la durée expressément convenue de ces mandats de gérance.

Au vu de ce qui précède, les parties conviennent de ce qui suit :

Art. 1 Le K. _____ SA prête à M. Q. _____ la somme de Fr. 300'000.-; le versement interviendra dès signature de la convention.

Art. 2 M. Q. _____ s'engage à affecter la totalité de ce prêt, soit Fr. 300'000.— afin de rembourser l'emprunt précédemment opéré par lui-même auprès de [...] SA.

Art. 3 Il est expressément convenu que le prêt porte intérêts à 5 % l'an. Ces intérêts sont payables mensuellement, la première fois le 31.07.2009 et ainsi de suite de mois en mois. De plus, M. Q. _____ s'engage en sus du règlement des intérêts à rembourser, le prêt à raison de 24 mensualités de Fr. 12'500.—chacune, payable à la fin de chaque mois, la première fois le 31.07.2007 (sic) et ainsi de suite, de mois en mois.

Art. 4 En tout état, et en cas de retard de plus de 15 jours dans le paiement des annuités précitées, le K. _____ SA est d'ores et déjà dûment et irrévocablement autorisé à prélever les montants qui lui sont dus directement sur le produit locatif des immeubles susmentionnés.

Art. 5 M. Q. _____ s'engage, en contrepartie du prêt qui lui est octroyé par le K. _____ SA, à maintenir l'intégralité des immeubles susmentionnés en gérance auprès du K. _____ SA durant 3 ans à compter du 1^{er} juin 2009. Le taux de gérance est fixé à 4 % HT sur l'encaissement des loyers et des charges. La totalité des contrats de gérance seront, dès leur établissement, joints à la présente convention et feront partie intégrante de celle-ci.

Demeure bien évidemment réservé le fait qu'en cas de faute grave dans le cadre de la gestion, M. Q. _____ pourra s'en prévaloir.

Art. 6 En cas de vente d'un immeuble, M. Q. _____ mettra tout en œuvre pour que le nouvel acquéreur maintienne la gérance en faveur du K. _____ SA.

Art. 7 En cas de résiliation d'un ou plusieurs mandats de gérance, pour quelque motif que ce soit (y compris consécutivement à une vente d'un immeuble), intervenant avant l'échéance de durée de 3 ans, K. _____ SA pourra exiger un amortissement extraordinaires du prêt calculé au prorata de la perte de l'état locatif dont la gérance est retirée au K. _____ SA.

Exemple : état locatif global :

Fr. 3'600'000.—

gérance retirée :

Fr. 1'200'000.—

amortissement extraordinaire exigible : $1/3 \times 300'000$, soit Fr.

100'000.—

Un tel amortissement extraordinaire est exigible dans les 15 jours suivant la notification de la résiliation du mandat de gérance. Il est précisé que pour ce calcul au prorata, s'agissant de l'immeuble [...], c'est l'état locatif prévisionnel évoqué ci-dessus (Fr. 1'835'520.—) qui sera pris en considération.

Art. 8 Le K. _____ SA pourra, sans autres formalités, prélever les montants qui lui sont dus sur les produits locatifs des immeubles se trouvant, au moment de l'exigibilité de la/les créance(s), en sa possession.

Art. 9 M. Q. _____ certifie, tant en sa qualité de personne physique qu'en sa qualité d'administrateur des 4 sociétés propriétaires visées ci-dessus que les revenus locatifs de l'ensemble des immeubles précités sont son exclusive propriété, respectivement l'exclusive propriété de la société propriétaire et qu'ils ne font l'objet d'aucune cession à un tiers ou autre restriction du droit d'en disposer librement.

Art.10 Pour tout litige relatif à l'exécution de la présente convention, les parties reconnaissent expressément, indépendamment de leur domicile actuel ou futur, la compétence exclusive des tribunaux vaudois, sous réserve de recours au Tribunal Fédéral."

- une copie de deux courriers recommandés, des 20 et 27 juillet 2010, par lesquels Q. _____ a résilié les contrats de gérance des six immeubles mentionnés dans la convention précitée.

Par déterminations du 25 novembre 2010, Q. _____ a indiqué au premier juge, d'une part, que la poursuivante ne pouvait le rechercher que pour un cinquième du capital réclamé, soit 32'500 fr. (162'500 fr./5) et, d'autre part, qu'il invoquait la compensation avec des créances qu'il détiendrait contre elle, soit directement soit indirectement selon une cession de créances, par 75'811 fr. 03, 28'406 fr. 40 et 1'100 francs. Ces déterminations étaient accompagnées d'un onglet de quinze pièces sous bordereau, comprenant en particulier :

- un lot de réquisitions de poursuite déposées le 22 septembre 2010 par la poursuivante contre les sociétés [...] SA, [...] SA, [...] SA et [...] SA en paiement des sommes de 163'967 fr., correspondant à un solde de prêt exigible, et de 3'000 fr. pour des frais de recouvrement;
- une lettre du 3 juin 2010 de la poursuivante mettant en demeure Q. _____ de s'acquitter des mensualités échues au 30 avril 2010 et au 30 mai 2010 pour un total de 26'333 fr. 40;

- un décompte de la poursuivante du 10 novembre 2010 relatif aux dossiers " Q. _____ ", faisant état d'un solde, au 30 septembre 2010, de 75'811 fr. 03 pour ce qui concerne les six immeubles indiqués dans la convention du 17 juin 2009;
- une note d'honoraires de [...] SA du 15 novembre 2010, d'un montant de 28'406 fr. 40, pour le travail supplémentaire dû à la reprise de la gérance des immeubles;
- la déclaration des sociétés immobilières, du 24 novembre 2010, par laquelle elles cédaient au poursuivi l'ensemble des créances détenues à l'encontre de la poursuivante.

3. Par prononcé du 19 janvier 2011, rendu à la suite d'une audience tenue le 25 novembre 2010, le Juge de paix du district de Nyon a prononcé la mainlevée provisoire de l'opposition à concurrence de 17'337 fr. 80 plus intérêts à 5 % l'an dès le 15 août 2010 (I), arrêté à 660 fr. les frais de justice de la poursuivante (II) et dit que le poursuivi devait verser à cette dernière la somme de 860 fr. à titre de dépens (III).

Le prononcé motivé a été adressé pour notification aux parties le 24 janvier 2011. Le poursuivi l'a reçu le 26 janvier 2011.

Le premier juge a considéré que le poursuivi ne pouvait être reconnu débiteur que du cinquième du solde du prêt exigible, la solidarité avec les quatre sociétés immobilières mentionnées dans la convention du 17 juin 2009 ne se présumant pas. Il a déduit du solde du prêt, de 162'500 fr., le montant dû aux quatre sociétés et au poursuivi au 30 septembre 2010, soit 75'811 fr. 03, puis a divisé le montant restant, de 86'688 fr. 97, par cinq, refusant de considérer comme valable la cession de créance des sociétés pour le motif qu'elle était intervenue postérieurement à l'exigibilité du prêt.

Le poursuivi a recouru par acte écrit et motivé du 4 février 2011 concluant principalement à la réforme du prononcé entrepris en ce sens que l'opposition faite au commandement de payer est maintenue, des dépens de première instance lui étant accordés, et, subsidiairement, à son annulation, la cause étant renvoyée à l'instance précédente.

Le 14 mars 2011, dans le délai qui lui a été fixé, l'intimée a déposé une réponse concluant, sous suite de frais et dépens des deux instances, au rejet du recours. Dans cette écriture, la poursuivante mentionne que le poursuivi serait codébiteur du prêt avec les quatre sociétés.

Par lettre du 16 mars 2011, le poursuivi a contesté les explications fournies dans le mémoire de l'intimée. Puis, le 26 avril 2011, invoquant le droit de réplique, il a déposé des déterminations sur le mémoire de la partie adverse.

En droit :

I. Le dispositif du prononcé entrepris a été adressé aux parties au mois de janvier 2011, de sorte que la présente procédure de recours est soumise au nouveau droit de procédure (art. 405 al. 1 CPC ; ATF 137 III 127, JT 2011 II 226).

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 subsidiaires en nullité. Il est ainsi recevable à la forme (art. 321 al. 1 CPC; Freiburghaus/Afheldt, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, n. 14 ad art. 321 CPC).

Dans la jurisprudence récente, le Tribunal fédéral a déduit des art. 29 al. 2 Cst et 6 CEDH un véritable 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, op. cit., n. 8 ad art. 327 CPC; cf. aussi en matière de poursuite pour dettes et la faillite : TF 5A_791/2010 du 23 mars 2011 c. 2.3 destiné à la publication et les références citées ; TF 5A_42/2011 du 21 mars 2011 c. 2). Par conséquent, tant la lettre du poursuivi du 16 mars 2011 que ses déterminations déposées spontanément le 26 avril 2011 sont recevables.

II. a) Le poursuivant dont la poursuite est frappée d'opposition peut, s'il se trouve au bénéfice d'une reconnaissance de dette, requérir la mainlevée provisoire de l'opposition, que le juge prononce si le débiteur ne rend pas immédiatement vraisemblable sa libération (art. 82 LP).

Constitue une reconnaissance de dette l'acte authentique ou sous seing privé d'où résulte la volonté du poursuivi de payer au poursuivant, sans réserve ni condition, une somme déterminée, ou aisément déterminable, et échue (Panchaud/Caprez, La mainlevée

d'opposition, § 1; Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, n. 29 ad art. 82 LP; ATF 132 III 480 c. 4.1, JT 2007 II 75; ATF 130 III 87 c. 3.1, JT 2004 II 118; ATF 122 III 125 c. 2, JT 1998 II 82). Pour qu'un écrit public, authentique ou privé, ou qu'un ensemble d'écrits vaille reconnaissance de dette, il doit en ressortir, sur la base d'un examen sommaire, que le poursuivi a assumé une obligation de payer ou de fournir des sûretés, donc une créance exigible, chiffrée et inconditionnelle, car si la reconnaissance de dette n'est pas pure et simple, le poursuivant, pour obtenir la mainlevée provisoire, doit rapporter la preuve littérale que les conditions ou réserves sont devenues sans objet (Gilliéron, op. cit., n. 40 ad art. 82 LP). Enfin, le titre produit pour valoir reconnaissance de dette et titre à la mainlevée provisoire ne justifie la mainlevée provisoire de l'opposition que si le montant de la prétention déduite en poursuite est chiffré de façon précise dans le titre lui-même ou dans un écrit annexé auquel la reconnaissance se rapporte; cette indication chiffrée doit permettre au juge de la mainlevée de statuer sans se livrer à des calculs compliqués et peu sûrs (Gilliéron, op. cit., n. 42 ad art. 82 LP).

En l'occurrence, il n'est pas contestable – et n'est pas contesté – que la convention du 17 juin 2009, accompagnée des courriers des 20 et 27 juillet 2010 de résiliation des contrats de gérances, vaut titre à la mainlevée pour le solde du prêt consenti (300'000 fr.), soit 162'500 fr. en capital, en application de l'art. 7 de la convention.

b) Le premier juge a estimé que le prêt avait été accordé au poursuivi et à ses sociétés, et non au seul poursuivi. A la lecture de la convention du 17 juin 2009, on constate que le corps du texte ne mentionne que le poursuivi, tant pour l'octroi du prêt (art. 1) que pour son remboursement (art. 3). Cependant, le préam-bule de cette convention indique que le prêt est accordé au poursuivi et à ses sociétés (let. c). La convention doit ainsi être interprétée (art. 18 CO) en ce sens que le prêt était accordé au poursuivi et aux quatre sociétés immobilières mentionnées dans ce document. Du reste, dans sa réponse au recours, la

poursuivante elle-même mentionne les sociétés comme étant codébitrices du prêt.

Comme l'a relevé le premier juge, la solidarité passive, qui permet au créancier de rechercher chaque codébiteur pour l'entier de la dette (art. 144 CO), ne se présume pas; elle résulte soit de la loi, soit de la convention des parties (art. 143 CO). La solidarité conventionnelle naît tout d'abord de la déclaration expresse des parties, par l'utilisation du terme «solidaire» ou une forme équivalente, telle que «débiteurs pour le tout» (Romy, Commentaire romand, n. 6 ad art. 143 CO). Un engagement solidaire peut aussi se former par actes concluants ou tacites. Il ne sera toutefois retenu qu'en présence d'un comportement univoque, qui ne suscite raisonnablement aucun doute, tel qu'il résulte des circonstances ou du contexte du contrat interprété conformément au principe de la confiance. De manière générale, un comportement purement passif ne saurait être tenu pour la manifestation d'une volonté de s'engager. Il ne suffit pas non plus de conclure un contrat à plusieurs pour que naisse une obligation solidaire entre les intéressés (Romy, op. cit., n. 7 ad art. 143 CO). En outre, en cas de doute, il convient d'opter pour la divisibilité de la créance (CPF, 11 novembre 2010/436 et les réf. cit.). Dans un arrêt du 14 novembre 1990, le Tribunal fédéral a considéré que lorsque plusieurs actionnaires vendaient simultanément leurs actions au même acheteur, ils pouvaient soit conclure des contrats de vente indépendants ou se regrouper à cette fin dans une société simple, le défaut de spécification des actions vendues et du prix de vente créant, conformément à l'art. 143 CO, une responsabilité solidaire fondée sur le contrat de vente (ATF 116 II 707, JT 1991 I 357).

En l'espèce, le prêt n'a pas été divisé entre les différents emprunteurs, seul le poursuivi devant le rembourser; les sociétés immobilières étaient décrites comme les sociétés du poursuivi ("ses sociétés"). Ces éléments conduisent à interpréter la convention en ce sens que le prêt a été octroyé à une communauté d'emprunteurs, constituée en société simple. Or, en vertu de la loi, les associés sont solidairement responsables des engagements qu'ils ont assumé envers les tiers, en

agissant conjointement ou par l'entremise d'un représentant, à défaut de convention contraire (art. 544 al. 3 CO; Chaix, Commentaire romand, nn. 11 et 12 ad art. 544 CO). Le solde du prêt, par 162'500 fr., est ainsi dû entièrement par le poursuivi.

c) Le recourant invoque la compensation avec des créances qu'il détiendrait contre l'intimée - soit directement soit indirectement selon la cession de créances du 24 novembre 2010 -, à savoir : 75'811 fr. 03, figurant dans le décompte de la poursuivante du 10 novembre 2010, 28'406 fr., correspondant à la facture de [...] SA, et 1'100 fr. correspondant aux dépens de la procédure provisionnelle menée devant le Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne.

Sur le principe, le poursuivi est admis à soulever et à rendre vrai-semblables tous moyens libératoires. Il peut notamment faire échec à la mainlevée s'il rend vraisemblable que sa dette est éteinte par compensation (Panchaud/Caprez, op. cit., § 36). Il incombe toutefois au poursuivi de rendre vraisemblables, d'une part, son droit d'opposer la compensation, d'autre part, le principe et le montant de sa créance.

En l'espèce, force est de constater que même après déduction des montants invoqués en compensation (75'811 fr. 03 + 28'406 fr. + 1'100 fr.), le solde dû par le poursuivi est supérieur au montant accordé par le premier juge. Il n'y a dès lors pas lieu d'examiner cette question plus avant.

III. En définitive, le recours doit être rejeté et le prononcé entrepris confirmé.

Les frais de deuxième instance du recourant sont arrêtés à 510 francs. Celui-ci doit verser la somme de 500 fr. à l'intimée à titre de dépens 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 rejeté.
- II.** Le prononcé est confirmé.
- III.** Les frais de deuxième instance du recourant sont arrêtés à 510 fr. (cinq cent dix francs).
- IV.** Le recourant Q. _____ doit verser à l'intimée K. _____ SA la somme de 500 fr. (cinq cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.
- V.** L'arrêt est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du 23 août 2011

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 Jérôme Bénédic, avocat (pour Q. _____),
- Me Jean-François Marti, avocat (pour K. _____ SA).

La Cour des poursuites et faillites considère que la valeur litigieuse est de 17'337 fr. 80.

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 :

- M. le Juge de paix du district de Nyon.

La greffière :