

**COUR DES POURSUITES ET FAILLITES**

---

---

Arrêt du 21 novembre 2013

---

Présidence de M. SAUTEREL, président  
Juges : Mmes Carlsson et Kistler Vianin  
Greffier : Mme van Ouwenaller

\*\*\*\*\*

**Art. 82 LP**

Saisie par arrêt de renvoi du Tribunal fédéral du 25 juin 2013, la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal prend séance à huis clos en sa qualité d'autorité de recours en matière sommaire de poursuites pour statuer sur le second moyen libératoire soulevé par **D.**\_\_\_\_\_, à Romanel-sur-Lausanne, à l'encontre du recours exercé par **A.**\_\_\_\_\_ **SA**, à Crans-Montana, contre le prononcé rendu le 10 avril 2012 par le Juge de paix du district de Lausanne.

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

**En fait :**

**1. a)** Le 4 novembre 2011, à la réquisition d'A.\_\_\_\_\_ SA, l'Office des poursuites du district de Lausanne a notifié à D.\_\_\_\_\_ un commandement de payer la somme de 103'149 fr. 65, plus intérêt à 5 % l'an dès le 28 février 2011, dans le cadre de la poursuite n° 5'983'064, indiquant comme titre de la créance et cause de l'obligation : "Avenant n° 1 au contrat de prêt du 4 septembre 2009, engagement solidaire de D.\_\_\_\_\_ et R.\_\_\_\_\_ ; contrat de prêt entre Y.\_\_\_\_\_ et A.\_\_\_\_\_ SA du 3 septembre 2009." La poursuivie a formé opposition totale.

**b)** Le 15 novembre 2011, la poursuivante a saisi le Juge de paix du district de Lausanne d'une requête, concluant, sous suite de frais et dépens, à la mainlevée de l'opposition à concurrence du montant réclamé en capital, plus intérêt à 5 % l'an dès le 1<sup>er</sup> mars 2011. Outre le commandement de payer précité, la requérante a produit notamment les pièces suivantes:

- un extrait du Registre du commerce du Valais central la concernant;

- un extrait de la Feuille officielle suisse du commerce relatif à la société Y.\_\_\_\_\_ devenue depuis le 26 avril 2011 T.\_\_\_\_\_ et dont le siège social a été transféré de Lausanne à Bursinel;

- un extrait du registre du commerce concernant la société T.\_\_\_\_\_ dont l'administratrice, avec signature individuelle, est la poursuivie D.\_\_\_\_\_;

- une copie d'un contrat de prêt signé le 3 septembre 2009 entre les sociétés Y.\_\_\_\_\_, représentée par son administratrice unique D.\_\_\_\_\_, et A.\_\_\_\_\_ SA, dont le contenu est le suivant:

"[...]

A.\_\_\_\_\_ SA est actionnaire minoritaire de la société Y.\_\_\_\_\_, laquelle nécessite impérativement une mise de fonds complémentaire urgente afin de payer des travaux d'aménagements qui n'étaient pas prévus.

L'autre actionnaire majoritaire a également déjà consenti à des mises de fonds, toutefois à la limite de ses moyens.

Parties conviennent:

1. Prêt

A. \_\_\_\_\_ SA accorde à Y. \_\_\_\_\_, un prêt d'un montant de **CENT TROIS MILLE CENT QUARANTE NEUF FRANCS ET SOIXANTE CINQ CENTIMES (CHF 103'149.65)**, dont Y. \_\_\_\_\_ se reconnaît débitrice.

A date des présentes, A. \_\_\_\_\_ SA a déjà consenti à des avances à des fournisseurs pour le compte d'Y. \_\_\_\_\_ pour CHF 103'149.65, selon liste ci-annexée  
DONT QUITTANCE DE LA PART D'Y. \_\_\_\_\_

2. Intérêts

Ce prêt est consenti au taux d'intérêts de cinq pourcent l'an, à compter du 1<sup>er</sup> septembre 2009.

3. Amortissement et remboursement

L'amortissement du prêt et le remboursement du principal et intérêts interviendra en fonction des liquidités disponibles et découlant de l'exploitation d'Y. \_\_\_\_\_, mais au plus tard le 28 février 2010.

Le paiement du principal et des intérêts interviendra sur le compte de A. \_\_\_\_\_ SA [...]

4. Garantie

En garantie de ce prêt, Y. \_\_\_\_\_ remet en cet instant un billet à ordre de CHF 120'000";

- un avenant "n° 1" signé le 4 septembre 2009, par lequel D. \_\_\_\_\_ et son époux R. \_\_\_\_\_ se sont reconnus co-débiteurs solidaires des engagements souscrits dans le contrat de prêt de 103'149 fr. 65 passé le 3 septembre 2009 entre A. \_\_\_\_\_ SA et Y. \_\_\_\_\_, annexé pour faire partie intégrante de l'avenant, et ont déclaré comprendre et accepter sans réserve toutes les dispositions de ce contrat de prêt;

- une copie du commandement de payer notifié le 4 novembre 2011 à la réquisition de la poursuivante au mari de la poursuivie pour le même montant.

Le bordereau fait état d'une pièce 8 à produire, savoir un "document attestant du versement de A. \_\_\_\_\_ SA du montant de CHF 103'149.65".

**c)** Le 19 mars 2012, la poursuivie a adressé au premier juge des déterminations, concluant, avec suite de frais et dépens, au rejet de la requête, accompagnées d'un onglet de trois pièces sous bordereau contenant, outre une procuration, deux détails du compte courant d'Y. \_\_\_\_\_ auprès du Crédit Suisse faisant état de deux versements de sa part en faveur d'A. \_\_\_\_\_ SA, le premier, du 11 novembre 2010, d'un montant de 15'200 francs 50, et le second, du 16 décembre 2010, d'un montant de 15'000 fr., les deux ordres comportant l'indication "remboursement prêt".

**2.** Par prononcé du 10 avril 2012, rendu à la suite d'une audience tenue contradictoirement le 20 mars 2012, le Juge de paix du district de Lausanne a rejeté la requête de mainlevée d'opposition, arrêté à 660 fr. les frais judiciaires mis à la charge de la poursuivante et dit que cette dernière devait verser à la poursuivie la somme de 2'000 fr. à titre de défraiement de son représentant professionnel.

La poursuivante ayant requis la motivation en temps utile, le 12 avril 2012, les motifs du prononcé ont été adressés pour notification aux parties le 14 mai 2012. Les conseils des parties les ont reçus le lendemain. En substance, le premier juge a considéré que la poursuivie avait rendu vraisemblable qu'elle ne pouvait pas, compte tenu de ses connaissances, percevoir la portée de la distinction juridique subtile existant entre un engagement solidaire et un cautionnement et qu'en cas de doute, la préférence devait aller au cautionnement, ce dernier étant nul faute de revêtir la forme authentique.

**3.** La poursuivante a recouru par mémoire du 25 mai 2012 concluant, avec suite de frais et dépens, principalement à la réforme du prononcé en ce sens que la mainlevée provisoire de l'opposition à la poursuite en cause est prononcée et, subsidiairement, à l'annulation du prononcé et au renvoi de la cause au premier juge pour nouvelle décision.

Dans un mémoire de réponse du 9 juillet 2012, la poursuivie a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet du recours.

**4.** Par arrêt du 19 octobre 2012, la cour de céans a rejeté le recours et confirmé le prononcé attaqué. En bref, elle a considéré que si l'avenant signé le 4 septembre 2009 valait en principe reconnaissance de dette au sens de l'art. 82 LP (loi sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889; RS 281.1), il ne justifiait pas la mainlevée provisoire car il se rapportait en réalité à un cautionnement invalide, faute de revêtir la forme authentique.

La poursuivante a recouru au Tribunal fédéral contre l'arrêt de la cour de céans. Par arrêt du 25 juin 2013, la IIe Cour de droit civil a partiellement admis le recours, annulé l'arrêt cantonal et renvoyé le dossier à la cour de céans pour nouvelle décision.

Le Tribunal fédéral a considéré qu'au stade de la mainlevée d'opposition, qui est une procédure sur pièces (« *Urkundenprozess* »), il n'y avait pas lieu d'attribuer à l'engagement souscrit par la poursuivie le 4 septembre 2009 une nature juridique différente de celle qui ressortait de la reconnaissance de dette, c'est-à-dire un engagement solidaire, ajoutant qu'il appartiendra le cas échéant à l'intéressée de se pourvoir en libération de dette (art. 83 al. 2 LP) pour faire trancher définitivement la question, au terme d'une instruction complète (ATF 136 III 583). Le recours s'avérait dès lors fondé. Toutefois, comme la cour de céans avait fait l'économie de l'examen du second moyen libératoire invoqué par l'intimée, savoir que la poursuivante n'aurait pas établi avoir remis les fonds à la débitrice principale, le Tribunal fédéral a annulé la décision de la cour des poursuites et faillites et lui a renvoyé le dossier pour nouvelle décision.

**5.** La recourante s'est déterminée le 26 août 2013, dans le délai fixé par le président de la cour de céans, sur l'arrêt du Tribunal fédéral.

Elle a constaté que la nature solidaire de l'engagement souscrit par l'intimée était établie par l'arrêt en question et que seul le second moyen libératoire invoqué - savoir la prétendue absence d'exécution du contrat de prêt - devait encore être examiné. A cet égard, elle s'est référée à son mémoire de première instance, dans lequel elle indiquait qu'elle s'était entièrement acquittée de ses obligations découlant du contrat de prêt, offrant de prouver cette affirmation par une pièce 8 à produire. A l'appui de ses déterminations du 26 août 2013, elle a produit trois pièces sous n° 8.

L'intimée s'est également déterminée dans une écriture du 26 août 2013. Elle fait valoir que la recourante n'a pas produit en première instance la preuve de l'exécution du contrat de prêt, qu'elle n'est plus autorisée à produire des pièces à ce stade de la procédure et qu'en conséquence, elle n'a pas établi s'être acquittée de ses obligations contractuelles, ce qui doit entraîner le rejet du recours.

La recourante s'est encore déterminée spontanément dans une écriture du 27 août 2013.

### **En droit :**

**I.** La cour de céans est liée par l'arrêt du Tribunal fédéral du 25 juin 2013, de sorte qu'il n'y a pas lieu de revenir sur la question de la recevabilité du recours lui-même, qui a été définitivement admise.

En principe, en procédure de recours, les conclusions, les allégations de faits et les preuves nouvelles sont irrecevables (art. 326 al. 1 CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272]). En effet, le tribunal de deuxième instance doit statuer sur un état de fait identique à celui examiné par le premier juge. Cette règle stricte s'explique par le fait que l'instance de recours a pour mission de contrôler la conformité au

droit de la décision attaquée, mais pas de poursuivre la procédure de première instance; à l'instar du Tribunal fédéral, l'instance de recours 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). Cependant, l'art. 326 al. 2 CPC réserve les dispositions spéciales de la loi, ce qui vise non seulement les règles contenues dans le CPC, mais toute norme de droit fédéral. A ce titre, la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite contient des règles spécifiques en matière de recours contre le jugement de faillite (art. 174 al. 1 et al. 2 LP), de recours contre la décision sur opposition au séquestre (art. 278 al. 3 LP) et de recours contre le jugement statuant sur la révocation du sursis extraordinaire (art. 348 al. 2 LP). Elle ne contient aucune disposition spéciale relative au recours contre une décision de mainlevée d'opposition.

En l'espèce, les pièces produites par la recourante avec son recours du 25 mai 2012 n'étaient pas nouvelles, dans la mesure où il s'agissait de pièces de la procédure et de pièces qui se trouvaient déjà au dossier de première instance. En revanche, il en va différemment des pièces produites par la recourante à l'appui de ses déterminations du 26 août 2013, qui sont nouvelles, puisqu'elles ne figuraient pas au dossier de première instance. La recourante ne saurait en effet se prévaloir du fait qu'elle avait annoncé la production d'une pièce 8 dans son bordereau de première instance pour justifier la production de cette pièce dans le cadre de la procédure de recours.

Les pièces produites par la recourante le 26 août 2013 sont en conséquence irrecevables.

**II.** Il résulte de l'arrêt du TF du 25 juin 2013 – qui tranche définitivement la question – que l'intimée est solidairement responsable, avec son époux R.\_\_\_\_\_ et Y.\_\_\_\_\_, du remboursement du prêt de 103'149 fr. 65 octroyé par la recourante à Y.\_\_\_\_\_, selon contrat de prêt du 3 septembre 2009. En sa qualité de codébitrice solidaire, l'intimée peut

être recherchée, au choix du créancier, pour l'exécution totale ou partielle de l'obligation (art. 144 al. 1 CO [Code des obligations; loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse; RS 220]). Elle ne peut opposer au créancier d'autres exceptions que celles qui résultent, soit de ses rapports personnels avec lui, soit de la cause ou de l'objet de l'obligation solidaire (art. 145 al. 1 CO).

En l'espèce, l'intimée soutient que la recourante n'a pas établi avoir exécuté ses obligations résultant du contrat de prêt du 3 septembre 2009.

**III. 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 130 III 87 c. 3.1, JT 2004 II 118; ATF 122 III 125 c. 2, JT 1998 II 82).

Le prêt dont l'objet est une somme d'argent constitue une reconnaissance de dette dans la poursuite du prêteur en remboursement de la somme prêtée et en paiement des intérêts convenus. Une condition de la mainlevée est que le prêt soit exigible (Panchaud/Caprez, op. cit., §§ 77-78). S'agissant d'un contrat bilatéral, le contrat de prêt ne peut cependant valoir titre de mainlevée pour le remboursement du prêt que lorsque le créancier poursuivant a rempli sa part des obligations contractuelles avant le paiement requis (Panchaud/Caprez, op. cit., §§ 69 et 70, et les références citées) savoir, en particulier, s'il a remis les fonds à l'emprunteur. Le poursuivi peut donc opposer l'exception *non adimpleti contractus* qu'il doit cependant rendre vraisemblable.

La procédure de mainlevée est une procédure sur pièces dont le but n'est pas de constater la réalité de la créance en poursuite, mais l'existence d'un titre exécutoire : le créancier ne peut motiver sa requête qu'en produisant le titre et la production de cette pièce, considérée en vertu de son contenu, de son origine et de ses caractéristiques extérieures comme un tel titre, suffit pour que la mainlevée soit prononcée si le débiteur n'oppose pas et ne rend pas immédiatement vraisemblables des moyens libératoires (ATF 132 III 140 c. 4.1.1, rés. in JT 2006 II 187; art. 82 al. 2 LP).

**b)** En l'espèce, il ressort clairement du contrat de prêt - en particulier de son chiffre 1 - qu'à la signature de celui-ci, les fonds avaient déjà été remis à l'emprunteuse Y. \_\_\_\_\_ sous la forme d'avances déjà consenties à des fournisseurs de cette société, selon une liste annexée au contrat, pour un montant équivalent à celui du prêt, savoir 103'149 fr. 65, dont quittance est donnée dans le contrat par l'emprunteuse.

La remise des fonds étant antérieure au contrat, ainsi qu'il résulte clairement de celui-ci, la recourante a ainsi établi avoir respecté ses obligations contractuelles.

Le remboursement du prêt devant intervenir au plus tard le 28 février 2010, il était exigible dès le 1<sup>er</sup> mars 2010, soit antérieurement à la poursuite. Le contrat prévoit un intérêt au taux de 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> septembre 2009. Ce taux est également applicable à l'intérêt moratoire dû en principe dès le 1<sup>er</sup> mars 2010 (art. 102 al. 2 et 104 CO). La recourante ayant toutefois réclamé dans sa requête de mainlevée un intérêt au taux de 5% dès le 1<sup>er</sup> mars 2011, c'est cet intérêt qui doit lui être alloué, sous peine de statuer *ultra petita* (art. 58 al. 1 CPC).

Il est établi par titres que la société Y. \_\_\_\_\_ a remboursé à la recourante le montant de 15'200 fr. valeur 11 novembre 2010 et de 15'000 fr. valeur 16 décembre 2010. Ces deux acomptes doivent être portés en déduction de la créance, comme l'invoque à titre subsidiaire

l'intimée dans ses déterminations sur la requête de mainlevée. Ces deux acomptes étant antérieurs au point de départ de l'intérêt qui est alloué, c'est le capital après déduction de ces deux acomptes qui portera intérêt.

Il résulte de ce qui précède que le recours doit être partiellement admis et la mainlevée provisoire accordée à concurrence de 72'949 fr. 65 (103'149 fr. 65 - 15'200 fr. - 15'000 fr.)

**IV.** Les frais des deux instances sont mis à la charge de la poursuivie, respectivement intimée, avec une réduction de un cinquième pour tenir compte de l'admission seulement partielle de la requête, respectivement du recours.

Il se justifie de réduire dans la même mesure les dépens alloués à la poursuivante, respectivement recourante.

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 partiellement admis.
  
- II. Le prononcé est réformé en ce sens que l'opposition formée par D.\_\_\_\_\_ au commandement de payer n° 5'983'064 de l'Office des poursuites du district de Lausanne, notifié à la réquisition d'A.\_\_\_\_\_ SA, est provisoirement levée à concurrence de 72'949 francs 65 (septante-deux mille neuf

cent quarante-neuf francs et soixante-cinq centimes) avec intérêt à 5 % l'an dès le 1<sup>er</sup> mars 2011.

Les frais judiciaires de première instance, arrêtés à 660 fr. (six cent soixante francs), sont mis par 132 fr. (cent trente-deux francs) à la charge de la poursuivante et par 528 fr. (cinq cent vingt-huit francs) à la charge de la poursuivie.

La poursuivie D.\_\_\_\_\_ doit verser à la poursuivante A.\_\_\_\_\_ SA la somme de 2'928 fr. (deux mille neuf cent vingt-huit francs) à titre de remboursement d'avance de frais et de dépens de première instance.

**III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 900 fr. (neuf cents francs), sont mis par 180 fr. (cent huitante francs) à la charge de la recourante et par 720 fr. (sept cents vingt francs) à la charge de l'intimée.

**IV.** L'intimée D.\_\_\_\_\_ doit verser à la recourante A.\_\_\_\_\_ SA la somme de 2'720 fr. (deux mille sept cent vingt francs) à titre de remboursement d'avance de frais et de dépens de deuxième instance.

**V.** L'arrêt est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du 21 novembre 2013

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 Christophe Sivilotti, avocat (pour A. \_\_\_\_\_ SA),
- Me Vivian Kühnlein, avocat (pour D. \_\_\_\_\_).

La Cour des poursuites et faillites considère que la valeur litigieuse est de 103'149 fr. 65.

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 :

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

La greffière :