

**COUR DES POURSUITES ET FAILLITES**

---

---

Arrêt du 22 janvier 2013

---

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

\*\*\*\*\*

**Art. 82 LP; 469 al. 1 CO**

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 **D.**\_\_\_\_\_, à Ollon, contre le prononcé rendu le 5 juillet 2012, à la suite de l'audience du 3 juillet 2012, par le Juge de paix du district d'Aigle, dans la cause qui l'oppose à **X.**\_\_\_\_\_, à Genève.

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

## **En fait :**

**1.** Le 9 mai 2012, à la réquisition de X.\_\_\_\_\_, l'Office des poursuites du district d'Aigle a notifié à D.\_\_\_\_\_, dans la poursuite n° 6'219'457, un commandement de payer le montant de 500'000 fr. avec intérêt à 5 % l'an dès le 5 mai 2012, mentionnant comme titre de la créance ou cause de l'obligation "Cautionnement solidaire par Monsieur D.\_\_\_\_\_ des créances que X.\_\_\_\_\_ (anciennement V.\_\_\_\_\_) détient à l'égard de G.\_\_\_\_\_ selon acte de cautionnement daté du 31 juillet 2006 et établi par-devant Me Philippe Crottaz, notaire". Le poursuivi a fait opposition totale.

Par acte du 4 juin 2012, la poursuivante a requis du Juge de paix du district d'Aigle qu'il prononce la mainlevée provisoire de l'opposition à concurrence du montant en poursuite. A l'appui de sa requête, elle a produit, outre l'original du commandement de payer susmentionné:

- un contrat daté du 24 juillet 2006 et signé le lendemain aux termes duquel V.\_\_\_\_\_ s'est engagée à prêter à G.\_\_\_\_\_ 4'000'000 fr. sous forme d'avance hypothécaire, une échéance au 31 décembre 2007 et un délai de dénonciation de six mois étant convenu; ce contrat prévoit notamment:

**"05. Amortissement en capital**

2.5% par année, soit CHF 100'000.--, payable directement sur le compte ouvert à cet effet, la première fois le 31.12.2007

[...]

**06. Mise à disposition des fonds**

Auprès du notaire de votre choix, contre son engagement de remise des titres hypothécaires mentionnés à l'article 11.

**11. Garanties**

[...]

- CHF 500'000.-- cautionnement solidaire de M. D.\_\_\_\_\_ [tracé à la main et remplacé par D.\_\_\_\_\_];

ce document porte notamment la signature d'"D.\_\_\_\_\_";

- un extrait du Registre du commerce concernant la poursuivante duquel il ressort que celle-ci a repris les actifs et les passifs de V.\_\_\_\_\_, à Genève, selon contrat de fusion du 3 mai 2010;

- un contrat de cautionnement passé le 31 juillet 2006 par devant le notaire Philippe Crottaz, à Vevey, aux termes duquel D.\_\_\_\_\_ s'est déclaré seule caution solidaire des créances que V.\_\_\_\_\_ détenait alors ou détiendrait dans le futur à l'égard de G.\_\_\_\_\_, jusqu'à concurrence d'un montant total de 500'000 fr. résultant d'un prêt hypothécaire de la banque octroyé selon le contrat du 24 juillet 2006 pour un montant de 4'000'000 francs;

- une lettre du 12 mai 2012 de la poursuivante à G.\_\_\_\_\_ dénonçant au remboursement le prêt accordé à celle-ci ainsi que diverses cédules hypothécaires pour le 31 décembre 2011 et indiquant qu'il est fait appel aux deux cautions solidaires, dont le poursuivi, pour la même échéance;

- une lettre du 17 janvier 2012 de la poursuivante au poursuivi l'informant que G.\_\_\_\_\_ n'avait pas remboursé le prêt et le sommant de payer, d'ici au 31 janvier 2012, le montant de 500'000 francs;

- une lettre du 5 avril 2012 de la poursuivante au poursuivi lui impartissant un délai au 4 mai 2012 pour payer le montant de la caution;

- une copie de la réquisition de poursuite.

**2.** Par prononcé du 5 juillet 2012, notifié au poursuivi le 12 juillet 2012, le Juge de paix du district d'Aigle a prononcé la mainlevée provisoire de l'opposition à concurrence de 500'000 fr. avec intérêt à 5 % l'an dès le 5 mai 2012, arrêté à 660 fr. les frais judiciaires mis à la charge du

poursuivi et dit qu'en conséquence celui-ci rembourserait à la poursuivante son avance de frais à concurrence de 660 fr. et lui verserait la somme de 4'000 fr. à titre de dépens, pour le défraiement de son représentant professionnel.

Par acte du 23 juillet 2012, le poursuivi a requis la motivation de la décision. En conséquence, les motifs ont été adressés aux parties pour notification le 16 août 2012. Le premier juge a considéré que le contrat de cautionnement produit valait titre à la mainlevée provisoire pour le montant en poursuite.

**3.** Par acte du 27 août 2012, le poursuivi a recouru contre le prononcé du premier juge, sollicitant l'octroi de l'effet suspensif et concluant, avec suite de frais et dépens, à ce que le prononcé soit annulé et l'opposition au commandement de payer maintenue.

Par décision du 30 août 2012, le président de la cour de céans a admis la requête d'effet suspensif.

L'intimée s'est déterminée par acte du 15 octobre 2012, concluant, avec suite de frais et dépens, au rejet du recours. Elle a produit des pièces.

### **En droit :**

**I.** Le recours a été déposé dans le délai de dix jours qui a suivi la notification de la décision motivée, conformément à l'art. 321 al. 2 CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272). Il est motivé et contient des conclusions (art. 321 al. 1 CPC).

Dans son mémoire de réponse, l'intimée soulève qu'un des moyens invoqués par D. \_\_\_\_\_ à l'appui de son recours - touchant à l'exigibilité de la créance en poursuite - n'avait pas été évoqué devant le premier juge et qu'il serait en conséquence irrecevable, le recourant ne pouvant alléguer des faits nouveaux en procédure de recours.

Selon l'art. 326 al. 1 CPC, les conclusions, les allégations de faits et les preuves nouvelles sont irrecevables. En procédure de recours, 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 entreprise, 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). Le deuxième alinéa de cette disposition réserve certes les dispositions spéciales de la loi, mais la procédure de mainlevée n'est pas visée par cette règle (Staehelin, Basler Kommentar, n. 90 ad art. 84 LP).

Le recourant, en soulevant la question de l'exigibilité de la créance en poursuite, ne viole pas cette règle puisque son argument ne se rapporte pas à des faits ou à des arguments juridiques nouveaux. Il porte en effet sur l'appréciation par l'autorité de recours de la réalisation des conditions légales d'octroi de la mainlevée provisoire. Ainsi, les moyens soulevés par le recourant sont recevables.

Les déterminations de l'intimée, déposées dans le délai de l'art. 322 al. 2 CPC, sont également recevables. En revanche, en vertu de l'art. 326 al. 1 CPC, les pièces nouvelles qu'elle a produites sont irrecevables.

**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 [loi sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889; RS 281.1]).

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).

Un contrat écrit justifie, en principe, la mainlevée provisoire de l'opposition pour la somme d'argent dont la prestation incombe au poursuivi, lorsque les conditions d'exigibilité de la dette sont établies par titre et, en particulier, dans les contrats bilatéraux, lorsque le poursuivant prouve par titre avoir exécuté les prestations dont dépend l'exigibilité de sa créance (Panchaud/Caprez, op. cit., § 69; Gilliéron, op. cit., nn. 44 et 45 ad art. 82 LP).

Le contrat de cautionnement solidaire vaut titre à la mainlevée provisoire si la dette principale est reconnue dans son principe et son montant par le débiteur principal ; le débiteur doit en outre être en demeure, ce qui doit également être établi par titre (CPF, 4 mars 2010/74 ; CPF, 4 octobre 2001/411; CPF, 9 mai 2012/134 ; Panchaud/ Caprez, op. cit., § 81 ; Gilliéron, op. cit., n. 53 ad art. 82 LP).

**b)** Dans un premier moyen, le recourant fait valoir qu'il ne ressort pas du dossier que la condition à la poursuite de la caution solidaire avant le débiteur principal, telle que posée par l'art. 496 al. 1 CO (Code des obligations, loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse; RS 220), serait respectée.

aa) Aux termes de l'art. 496 al. 1 CO, si la caution s'oblige avec le débiteur en prenant la qualification de caution solidaire, le créancier peut la poursuivre avant de rechercher le débiteur, à condition que le débiteur soit en retard dans le paiement de sa dette et qu'il ait été sommé en vain de s'acquitter ou que son insolvabilité soit notoire.

Le but de la sommation de l'art. 469 al. 1 CO est que le créancier ne puisse pas rechercher la caution, qui répond de la dette d'un tiers, à l'improviste ("unversehens"), sans qu'une ultime démarche particulière à l'encontre du débiteur principal n'ait été préalablement vainement entreprise, c'est-à-dire que celui-ci ait été sommé (Giovanoli, Berner Kommentar, n° 18 ad art. 496 CO; cf. également Pestalozzi, Basler Kommentar, 4<sup>ème</sup> éd. 2007, n° 7 ad art. 496 CO, qui emploie le terme "plötzlich").

Ainsi, pour que le créancier soit admis à poursuivre la caution avant le débiteur principal, la dette doit être exigible et le débiteur en retard au sens de l'art. 496 al. 1 CO, c'est-à-dire qu'il ne s'exécute pas, après l'échéance, dans les délais habituels en affaires, soit dans le délai habituellement accordé par un créancier à son débiteur après le moment où la dette est devenue exigible. Le débiteur doit de plus avoir été sommé de payer par le créancier (art. 496 al. 1 CO; retard qualifié). Il y a analogie avec l'interpellation de l'art. 102 al. 1 CO. Cette sommation doit être adressée dans tous les cas: d'une part, la caution ne peut valablement y renoncer (art. 492 al. 4 CO); d'autre part, elle demeure nécessaire même s'il y a eu interpellation préalable selon l'art. 102 al. 1 CO et y compris dans les cas où la loi dispense le créancier d'une interpellation, à savoir lorsque le jour de l'exécution a été déterminé d'un commun accord, ou fixé par l'une des parties en vertu d'un droit à elle réservé et au moyen

d'un avertissement régulier (art. 102 al. 2 CO). Ainsi, l'établissement bancaire qui a valablement dénoncé le contrat de prêt en respectant le délai contractuel ou, à défaut, le préavis de six semaines fixé par l'art. 318 CO, doit, après l'échéance de ce délai, sommer spécialement le débiteur d'exécuter son obligation de remboursement avant de pouvoir rechercher la caution. La sommation est également nécessaire lorsque le débiteur a clairement manifesté qu'il ne s'exécute pas (cas dans lequel, par analogie avec l'art. 108 al. 1 CO, l'interpellation de l'art. 102 CO n'est pas nécessaire; ATF 94 II 26 c. 3a).

La sommation doit être demeurée infructueuse: le débiteur ne s'est pas du tout acquitté de sa dette, ou s'est exécuté de manière imparfaite en ne se conformant pas à ses obligations, ou ne s'est exécuté que partiellement. L'introduction de poursuites contre le débiteur n'est en revanche pas nécessaire; elle peut toutefois remplacer la sommation (cf. art. 510 al. 3 CO).

Ce n'est que lorsque l'insolvabilité du débiteur principal est notoire que la sommation n'est pas nécessaire, car elle n'aurait alors aucun sens (art. 496 al. 1 in fine CO). Tel est le cas lorsque le débiteur principal a été déclaré en faillite, qu'un sursis concordataire lui a été octroyé ou que des actes de défaut de biens existent contre lui pour d'autres créances (cf. Meier, Commentaire romand, nos 13, 14, 16 et 17 ad art. 496 CO; cf. également Pestalozzi, op. cit., n° 7 ad art. 496 CO; Scyboz, Le contrat de garantie et le cautionnement, TDPS tome VII, 2, 1979, p. 103 s.).

bb) En l'espèce, la poursuivante a dénoncé au remboursement le prêt accordé à la débitrice principale et diverses cédulas hypothécaires par courrier du 12 mai 2011 adressé à celle-ci, pour le 31 décembre 2011. Ce courrier indique notamment qu'il est fait appel aux deux cautions solidaires, dont le poursuivi.

Le 17 janvier 2012, la banque a adressé une sommation à D. \_\_\_\_\_, dans laquelle elle a déclaré attester que la débitrice principale

n'avait pas remboursé le montant du prêt valeur au 30 décembre 2011 et l'a sommé dès lors de lui verser la somme de 500'000 fr. d'ici au 31 janvier 2012.

Les pièces au dossier de première instance, seules décisives, n'attestent pas que le débiteur principal a été sommé, en vain, de s'acquitter de la dette principale garantie après avoir été en retard de s'en acquitter. A cet égard, les seules déclarations de la poursuivante sont insuffisantes. Il n'est pas non plus notoire que la débitrice principale fût insolvable et il n'est pas démontré que la débitrice principale aurait été poursuivie en premier.

Par conséquent, une des conditions légales permettant de rechercher la caution n'est pas réalisée. Pour ce motif, la requête de mainlevée doit être rejetée et l'opposition au commandement de payer maintenue.

**c)** Dans un second moyen, le recourant fait valoir qu'il manque un titre à la mainlevée provisoire pour le montant de la créance principale garantie, en se référant aux règles en matière de cautionnement d'un compte courant. Selon lui en effet, le contrat du 24 juillet 2006 ne saurait être qualifié de contrat de prêt mais constituerait un contrat de crédit en compte courant, lequel ne vaut pas reconnaissance de dette (ATF 132 III 480).

En matière de cautionnement garantissant un crédit en compte, la jurisprudence distingue deux situations, soit, d'une part, l'avance à terme fixe, c'est-à-dire le prêt tel qu'il est régi par les art. 312 ss CO, et, d'autre part, celle de l'opération en compte courant pure, dans laquelle la garantie porte sur le solde de ce compte, à savoir un montant qui n'est pas déterminé d'emblée mais seulement une fois le solde du compte arrêté et reconnu, ce qui suppose, pour obtenir la mainlevée, l'existence d'un bien-trouvé signé du débiteur du crédit (ATF 106 III 97, c. 4, JT 1982 II 133). L'obligation de remboursement par acomptes ou par annuités dans un délai déterminé à l'avance constitue une caractéristique

de l'avance à terme fixe. En revanche, le crédit en compte courant exclut, de par sa nature, tout amortissement: du fait de la compensation convenue entre les parties au contrat, compensation automatique, constante et réciproque des prétentions nées de part et d'autre, une créance correspondant au solde naît après chaque opération et seul le solde arrêté et reconnu fait l'objet d'une créance (Schmidt, Jurisprudences récentes du Tribunal fédéral et de la Cour de justice en matière de mainlevée provisoire, in SJ 1995 317, spéc. p. 325 n. 33 et 34). Cette opération ne doit pas être confondue avec celle dans laquelle, malgré la dénomination "compte courant", le prêteur procède effectivement à un versement sur le compte correspondant au montant avancé (avance ferme). Le contrat de prêt signé par l'emprunteur vaut alors reconnaissance de dette à concurrence du montant effectivement avancé (cf. ATF 122 III 125 c. 2c; CPF, 3 février 2011/27).

En l'espèce, le recourant prétend que le contrat du 24 juillet 2006 constitue un contrat de crédit en compte courant. Cependant, les termes d' "avance hypothécaire" utilisés dans le contrat renvoient clairement à l'avance à terme fixe décrite ci-dessus. Il ne ressort en effet pas des pièces produites que les parties auraient conclu un accord de compensation. Le contrat du 24 juillet 2006 prévoit de plus des amortissements fixes versés sur un compte ouvert à cette fin. De surcroît, le chiffre 6 du contrat, portant sur l'avance hypothécaire, précise que la mise à disposition des fonds interviendrait "auprès du notaire de votre choix, contre son engagement de remise des titres hypothécaires mentionnés à l'art. 11". Ainsi, concrètement, la banque a dû transférer les fonds en question. Cette situation n'est pas comparable avec celle où la banque autorise son client à opérer, à sa convenance, des retraits à concurrence d'un certain montant et où le remboursement s'opère par compensation avec les rentrées effectuées sur le même compte.

La jurisprudence relative à l'accusé de bien-trouvé est dès lors inapplicable ici et le moyen est infondé.

**III.** En définitive, le recours doit être admis et le prononcé réformé en ce sens que l'opposition formée par D.\_\_\_\_\_ au commandement de payer est maintenue.

Les frais judiciaires de première instance, arrêtés à 660 fr., sont mis à la charge de la poursuivante qui succombe (art. 106 al. 1 CPC). Le poursuivi a droit à des dépens arrêtés à 450 fr. (art. 3, 6 et 20 al. 2 TDC [Tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010; RSV 270.11.6]).

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 1'200 fr., sont mis à la charge de l'intimée (art. 106 al. 1 CPC). Le recourant a droit à des dépens de deuxième instance arrêtés à 3'000 fr. (art. 3 et 8 TDC).

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 réformé en ce sens que l'opposition formée par D.\_\_\_\_\_ au commandement de payer n° 6'219'457 de l'Office des poursuites du district d'Aigle, notifié à la réquisition de X.\_\_\_\_\_, est maintenue.

Les frais judiciaires de première instance, arrêtés à 660 fr. (six cent soixante francs), sont mis à la charge de la poursuivante.

La poursuivante X.\_\_\_\_\_ doit verser au poursuivi D.\_\_\_\_\_ la somme de 450 fr. (quatre cent cinquante francs) à titre de dépens de première instance.

**III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 1'200 fr. (mille deux cents francs), sont mis à la charge de l'intimée.

**IV.** L'intimée X.\_\_\_\_\_ doit verser au recourant D.\_\_\_\_\_ la somme de 4'200 fr. (quatre mille deux cents francs) à titre de restitution d'avance de frais et de dépens de deuxième instance.

**V.** L'arrêt est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du 22 janvier 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 Astyanax Peca, avocat (pour D.\_\_\_\_\_),
- Me Michel Chevalley, avocat (pour X.\_\_\_\_\_).

La Cour des poursuites et faillites considère que la valeur litigieuse est de 500'000 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 d'Aigle.

La greffière :