

COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

Séance du 28 mai 2009

Présidence de M. MULLER, président
Juges : Mme Carlsson et M. Vallat, juge suppléant
Greffier : Mme Joye

Art. 82 LP

La Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal, statuant en audience publique en sa qualité d'autorité de recours en matière sommaire de poursuites, s'occupe du recours exercé par **G._____**, à Renens, contre le prononcé rendu le 16 octobre 2008, à la suite de l'audience du 1^{er} octobre 2008, par le Juge de paix du district de Lausanne, dans la cause opposant le recourant à la **BANQUE F._____**, à Lausanne.

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

En fait :

1. a) Par offre contresignée par G._____ le 11 mars 2000, la Banque F._____ (ci-après : F._____) a accordé à ce dernier un crédit de 417'000 fr., sous forme de compte courant n° 904.86.31, exploitable également sous forme d'avances à terme fixe par blocage de la contre-valeur sur la limite de crédit. Le crédit octroyé était garanti notamment par le nantissement du capital-actions de [...] SA à concurrence de 100'000 francs.

Le même jour, G._____ a signé un acte de gage et de cession général, qui contient notamment ce qui suit :

"1. Monsieur G._____ (...)

(ci-après le constituant)

déclare par le présent acte remettre et céder à titre de gage à la F._____ (ci-après la Banque), en garantie de toutes les créances actuelles et futures résultants des contrats conclus ou à conclure en raison des relations d'affaires avec la banque, créances que cette dernière a ou pourrait avoir envers

Monsieur G._____

(ci-après le débiteur)

tous les titres, papiers-valeurs, livrets d'épargne et de dépôt et leurs créances respectives, polices d'assurances, autres biens ou valeurs y compris les dépôts auprès de [...] qui sont ou seront, directement ou indirectement, en main de la banque, qu'ils soient déposés auprès d'elle ou n'importe où ailleurs à son nom, mais pour le compte du constituant, ainsi que toutes les créances et prétentions de tout genre envers elle, actuelles et futures, avoirs en toutes monnaies à vue, à terme, en compte métal, créances provenant de placements ou de prêts fiduciaires, droits sur des dépôts collectifs de la banque etc. Le droit de gage de la banque porte également sur tous droits, prétentions et créances qu'elle détient ou détiendra à titre fiduciaire envers des tiers.

Tous autres droits, prétentions et créances envers des tiers peuvent également être remis et cédés à titre de gage. (...) ».

La limite de crédit en compte courant n° 904.86.31 a été abaissée à 414'000 fr. par acte du 17 juin 2000, puis, selon offre de crédit du 26 septembre 2002, à 378'000 fr. jusqu'au 30 septembre 2002 et à

350'000 fr. dès le 1er octobre 2002, la garantie restant inchangée. Ces actes portent la signature du poursuivi.

Par courrier du 5 janvier 2005, la F._____ a résilié le crédit accordé à G._____ et l'a mis en demeure de s'acquitter du montant de 315'362 fr. 60 au 28 janvier 2005.

Le 4 mai 2005, G._____ a contresigné un relevé de boucllement du compte courant n° 904.86.31, faisant état d'un solde débiteur, en faveur de la F._____, d'un montant de 304'880 fr. 25 au 31 mars 2005. Au bas de ce relevé figure la mention suivante :

« Solde et écritures reconnus exacts.
Intérêts au taux de* %, plus commission trimestrielle de ¼ % sur le solde débiteur le plus élevé, courant tous les deux dès le 31 mars 2005, en sus.
Frais usuels réservés
(...)

* 9,95 % s/ Fr. 300'000.-

* 10,0 % s/ surplus.

d'accord avec ce qui précède

4.5.05 (signature) »

b) Le 23 mai 2005, l'Office des poursuites de Lausanne-Ouest a notifié à G._____, à la réquisition de la F._____, un commandement de payer n° 2'107'882. Le poursuivi n'y a pas fait opposition. Une commination de faillite lui a été notifiée le 21 juin 2005. G._____ a opéré divers amortissements, dont notamment 50'000 fr., valeur au 30 novembre 2005, et 85'000 fr., valeur au 13 décembre 2005. La créancière a requis la faillite le 25 avril 2006. G._____ a obtenu un sursis provisoire, puis un sursis concordataire, selon décision du Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne du 20 juillet 2006. Le 20 septembre 2006, la F._____ a annoncé au commissaire au sursis concordataire une prétention de 149'522 fr. 30 résultant du compte-courant n° 904.86.31. Sa production indiquait : « L'intervenante est au bénéfice de : capital-actions de [...] SA, à

concurrence de 100'000 fr. soit 100 actions nominatives d'un nominal de 1000 fr. chacune, déposées sous dépôt-titres No 906.05.87 ». Selon le rapport établi par le commissaire au sursis le 10 novembre 2006, l'inventaire des actifs et passifs de G._____ n'avait pas mis en évidence de créances garanties par gage mobilier ou immobilier. Un concordat dividende a été homologué le 7 décembre 2006. La F._____ n'y a pas adhéré. Par courrier du 30 janvier 2007, le commissaire au sursis a informé la F._____ que le dividende (5%) afférent à sa production s'élevait à 7'476 fr. 20, le solde de la production, par 142'046 fr. 10 faisant l'objet d'une attestation de découvert. Le montant du dividende a été versé à la F._____ le 2 février 2007.

c) A la réquisition de la F._____, l'Office des poursuites de Lausanne-Est a notifié à G._____, le 16 juillet 2007, dans la poursuite en réalisation de gage mobilier n° 1'218'256, un commandement de payer portant sur les sommes de 140'000 fr. plus intérêt à 10,95% dès le 2 août 2006 et de 9'522 fr. 30 plus intérêt à 11% dès le 2 août 2006, sous déduction de 1'114 fr., valeur au 3 janvier 2007, et de 7'476 fr. 20, valeur au 1er février 2007, indiquant comme cause de l'obligation : « 100 actions nominatives de Fr. 1'000.-- chacune de [...] SA, Renens, en mains de la F._____, [...] à Lausanne. ». G._____ a fait opposition totale, sans préciser si celle-ci se rapportait à la créance et/ou au gage.

Par décision du 16 octobre 2008, le Juge de Paix du district de Lausanne a prononcé la mainlevée provisoire de l'opposition formée par G._____ au commandement de payer n° 1'218'256 de l'Office des poursuites de Lausanne-Est (I), constaté l'existence du droit de gage (II), arrêté à 660 fr. les frais de justice de la partie poursuivante (III) et dit que la partie poursuivie devait lui verser cette somme à titre de dépens (IV). La décision motivée a été adressée pour notification aux parties le 29 janvier 2009.

En bref, le juge de paix a retenu que le gage n'avait pas été réalisé dans le cadre du concordat et que l'homologation de ce dernier n'était pas opposable à la poursuivante pour le montant de sa créance

couvert par le gage. Il a considéré que la poursuivante étant en outre au bénéfice d'une reconnaissance de dette, à savoir le relevé de compte au 31 mars 2005, contresigné par le poursuivi, il se justifiait de prononcer la mainlevée.

2. Le 23 octobre 2008, G._____ a déclaré recourir contre ce prononcé. Par acte daté du 6 février 2009, reçu au greffe de paix le 9 février suivant, il a conclu, avec suite de frais et dépens, à la réforme de la décision en ce sens que l'opposition est définitivement maintenue et à ce que l'intimée soit chargée des frais et dépens de première et seconde instances. Il a déposé un mémoire le 5 mars 2009, dans lequel il a confirmé ses conclusions.

L'intimée ne s'est pas déterminée.

En droit :

I. Déposé en temps utile (art. 54 al. 3 et 57 al. 1 LVLP) et tendant à la réforme du prononcé de mainlevée, le recours est recevable formellement (art. 461 CPC applicable par le renvoi de l'art. 58 al. 1 LVLP).

II. a) La poursuite intentée par la F._____ tend à la réalisation d'un gage mobilier. Contrairement aux poursuites ordinaires, une poursuite en réalisation de gage se continue par la réalisation du gage et non par la saisie ou la faillite du poursuivi (art. 41 al. 1 et 154 LP).

L'art. 85 ORFI (Ordonnance du Tribunal fédéral sur la réalisation forcée des immeubles du 23 avril 1920, RS 281.42), selon lequel l'opposition non motivée est censée se rapporter à la créance et au gage, est applicable par analogie dans la poursuite en réalisation de gage mobilier (CPF, 6 mai 1999/187; Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale

sur la poursuite pour dettes et la faillite, n. 50 ad art. 153 LP ; Gilliéron, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 4e éd., n. 525). Le droit de gage est un droit réel limité qui assujettit un droit de propriété sur une chose ou un autre droit patrimonial (art. 899 ss CC) à la garantie d'une créance en capital : si la dette n'est pas exécutée, le créancier gagiste peut faire réaliser le droit engagé à son profit. Comme le droit de gage immobilier, le droit de gage mobilier est l'accessoire de la créance (Steinauer, Les droits réels, t. III, 3e éd., n. 3025). Il n'a de valeur que si la créance existe et il s'éteint si la créance s'éteint. Il en résulte que l'opposition ne peut être levée que si le créancier établit par pièces tant son droit de gage que sa créance.

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 (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). 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 (Gilliéron, op. cit., n. 40 ad art. 82 LP).

Selon la jurisprudence, un contrat d'ouverture de crédit en compte courant, signé par le débiteur, constitue, conjointement à un extrait de compte signé par le débiteur, une reconnaissance de dette au sens de l'art. 82 LP (ATF 106 III 97, JT 1982 II 133). Le bien-trouvé signé du solde d'un compte courant est sans conteste un titre propre à mainlevée provisoire si, lors de sa signature, le contrat avait pris fin (Panchaud /Caprez, La mainlevée d'opposition, § 84).

Conformément à l'art. 82 al. 2 LP, le juge prononce la mainlevée provisoire à moins que le poursuivi ne rende immédiatement vraisemblable sa libération. Le débiteur peut soulever et rendre vraisemblables tous moyens libératoires pris de l'existence ou de l'exigibilité de la prétention déduite en poursuite (Gilliéron, op. cit., n. 81 ad art. 82 LP).

b) En l'espèce, les actes de crédit et le relevé de compte du 4 mai 2005, signés par le poursuivi, constituent indubitablement une reconnaissance de dette au sens de l'art. 82 LP. S'agissant du droit de gage de la F._____, celui-ci est établi par pièces. Ces deux points ne sont d'ailleurs pas contestés par le recourant.

c) Pour sa libération, G._____ soutient, en substance, que la créance de la poursuivante aurait été éteinte après homologation et exécution du concordat et que le gage, qui est l'accessoire de cette créance, aurait été éteint simultanément. Il souligne, dans ce contexte, que la poursuivante, qui ne s'est pas opposée au concordat, n'a pas été considérée comme créancière gagiste dans cette procédure, mais comme simple créancière chirographaire. Il relève, par surabondance que le dividende perçu couvrait l'ensemble de la production de la poursuivante dans le concordat et paraît en déduire que la créance a été éteinte de ce fait.

Il s'agit, en l'espèce, d'un concordat dividende. En d'autres termes, il a été convenu entre le débiteur et ses créanciers que ces derniers abandonneraient une partie de leurs prétentions contre paiement d'une part seulement de celles-ci (le dividende), fixée en l'espèce à 5% du nominal produit et non contesté.

Lorsqu'un créancier gagiste produit sa prétention et annonce l'existence du gage, le commissaire au sursis doit estimer ce dernier (art. 299 al. 1 LP). Cette estimation permet de déterminer la part de la créance non couverte par le gage, qui est déterminante pour le calcul des majorités dans le cadre de l'homologation du concordat (art. 305 al. 2 LP).

Le concordat homologué a force obligatoire pour tous les créanciers dont les créances sont nées avant la publication du sursis ou, sans l'approbation du commissaire, jusqu'à l'homologation définitive du concordat. Sont exceptés les créanciers gagistes jusqu'à concurrence du montant couvert par leur gage (art. 310 al. 1 LP).

L'homologation du concordat éteint toutes les poursuites intentées à l'encontre du débiteur avant le sursis, à l'exception de celles en réalisation de gage (art. 311 LP). Le créancier gagiste perçoit ainsi un dividende pour la part de sa créance non couverte par le gage selon l'estimation du commissaire. Il peut ensuite continuer la poursuite en réalisation de gage déjà commencée ou en introduire une et prétendre, dans cette procédure, au produit de la réalisation du gage pour couvrir sa créance, déduction faite du dividende perçu. Selon la jurisprudence et la doctrine, il peut prétendre au produit de la réalisation même pour la partie de sa créance qui a été considérée comme non couverte par le gage selon l'estimation du commissaire concordataire (ATF 59 III 198-199 ; Gilliéron, *op. cit.*, n. 24 ad art. 310 LP). Il s'ensuit que l'homologation du concordat et l'exécution de ce dernier n'ont pas d'effet extinctif sur la créance garantie par un gage qui a été annoncée au commissaire, même pour la partie de la créance non couverte par le gage selon l'estimation du commissaire (ATF 34 III 198). Il n'en va pas différemment si le commissaire a estimé que la valeur du gage était nulle. Cette jurisprudence est fondée, d'une part, sur l'idée que le créancier gagiste ne doit pas, du seul effet d'une estimation réalisée par un tiers (le commissaire au sursis), être privé de la possibilité de bénéficier d'une plus-value acquise par l'objet du gage alors qu'il a supporté le risque de la variation de sa valeur et, d'autre part, sur l'idée que le créancier gagiste a, dans la règle, la possibilité dans toutes les procédures d'exécution forcée d'intervenir dans les procédures de réalisation de son gage afin d'éviter l'aliénation du gage à un tiers à un prix insuffisant. Or, si la procédure concordataire ne permet pas directement une telle intervention, elle ne doit pas non plus priver le créancier gagiste de sauvegarder ses droits (ATF 34 II 772 c. 4). Bien que cette jurisprudence soit ancienne, ces justifications conservent leur actualité.

Lorsque le créancier chirographaire n'a pas annoncé sa créance dans la procédure concordataire, sa prétention doit être considérée comme une créance tardive. La tardiveté n'a d'incidence que sur la procédure concordataire, mais non quant à l'effet obligatoire du concordat (Gani, Commentaire romand, n. 3 ad art. 300 LP). Compte tenu de l'effet obligatoire du concordat (art. 310 LP), le créancier chirographaire ne peut donc plus faire valoir à l'égard du débiteur concordataire que le droit au dividende. En revanche, lorsqu'une telle prétention est garantie par gage, le créancier gagiste qui a subi une perte lors de la réalisation de son gage - ce qui suppose qu'une procédure de réalisation du gage ait été menée à chef - peut réclamer le dividende prévu dans le concordat homologué, calculé sur la partie de sa créance demeurée à découvert lors de la réalisation du gage (Jaeger/Walder/Kull/ Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4e éd., vol. III, n. 31 ad art. 300 LP). Il s'ensuit que, dans la règle, le défaut de production dans la procédure concordataire de la créance garantie par gage demeure également sans effet sur l'existence de la créance en tant que cette dernière est couverte par un gage. On peut certes réserver le cas où le créancier a renoncé à son gage, mais cette renonciation ne peut être présumée du seul fait que le gage n'a pas été annoncé dans la procédure concordataire. Au demeurant, en l'espèce, les indications fournies par la poursuivante au commissaire au moment où elle a annoncé sa prétention ne plaident pas en faveur d'une telle renonciation.

Cela étant, une fois la procédure concordataire achevée, la situation du créancier gagiste est la même, qu'il ait ou non annoncé sa créance et son gage, et, dans la première hypothèse, quelle que soit la valeur du gage estimée par le commissaire, y compris dans l'hypothèse où le commissaire a nié toute valeur au gage. Dans tous ces cas, le créancier gagiste peut poursuivre la réalisation du gage. Seul le dividende déjà perçu doit être soustrait de sa prétention. La procédure concordataire n'a pas d'autre effet sur l'existence même de la créance garantie par gage et moins encore sur l'existence du gage. Il n'y a pas de raison de traiter différemment le cas où le créancier a annoncé sa créance, mais n'a pas

fait état de l'existence du gage (sous réserve d'une éventuelle renonciation à ce dernier) ou celui, qui paraît être réalisé en l'espèce, dans lequel le gage a été annoncé, mais n'a pas été pris en considération par le commissaire au sursis. Rien ne distingue en effet cette dernière situation de celle où le commissaire a évalué à zéro la valeur du gage.

Au vu des considérations qui précèdent, il y a lieu de constater qu'en invoquant les effets du concordat, le recourant ne rend pas vraisemblable sa libération. On peut par ailleurs relever que la poursuivante a déduit de sa prétention le dividende qu'elle a perçu, de sorte qu'il a été tenu compte à satisfaction de droit des effets du concordat sur la prétention réclamée.

Dans ces circonstances, c'est à juste titre que le premier juge a prononcé la mainlevée et constaté l'existence du gage.

d) La mainlevée a été requise et prononcée à concurrence de 140'000 fr. plus intérêt à 10,95% dès le 2 août 2006 et de 9'522 fr. 30 plus intérêt à 11% dès le 2 août 2006, sous déduction de 1'114 fr. valeur au 3 janvier 2007 et de 7'476 fr. 20 valeur au 1er février 2007.

Selon le relevé de compte signé par le poursuivi le 4 mai 2005, celui-ci s'est reconnu débiteur d'intérêts au taux de 9.95 % sur 300'000 fr. et de 10 % pour le surplus, plus 0.25 % de commission trimestrielle. Il ne ressort pas du dossier qu'au mois d'août 2006 (date à partir de laquelle l'intérêt moratoire est réclamé) le solde dû était supérieur à 300'000 francs. Cela étant, la poursuivante ne peut prétendre qu'à un taux d'intérêt de 10.95 % (9.95 % plus 4 x 0.25 %) sur les montants en poursuite.

III. En définitive, le recours doit être très partiellement admis et le prononcé attaqué réformé en ce sens que l'opposition formée par G._____ au commandement de payer n° 1'218'256 de l'Office des poursuites de Lausanne-Est est provisoirement levée à concurrence de

140'000 fr. avec intérêt à 10,95 % l'an dès le 2 août 2006 et de 9'522 fr. 30 avec intérêt à 10,95 % l'an dès le 2 août 2006, sous déduction de 1'114 fr. valeur au 3 janvier 2007 et de 7'476 fr. 20 valeur au 1er février 2007.

Les frais de première instance de la poursuivante sont arrêtés à 660 francs. Le poursuivi doit lui verser cette somme à titre de dépens de première instance.

Les frais de deuxième instance du recourant sont arrêtés à 900 francs. Il n'est pas alloué de dépens de deuxième instance.

Par ces motifs,
la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal,
statuant en audience publique 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 très partiellement.

- II. Le prononcé est réformé en ce sens que l'opposition formée par G._____ au commandement de payer n° 1'218'256 de l'Office des poursuites de Lausanne-Est, notifié à la réquisition de la Banque F._____, est provisoirement levée à concurrence de 140'000 fr. (cent quarante mille francs) avec intérêt à 10,95 % l'an dès le 2 août 2006 et de 9'522 fr. 30 (neuf mille cinq cent vingt-deux francs et trente centimes) avec intérêt à 10,95 % l'an dès le 2 août 2006, sous déduction de 1'114 fr. (mille cent quatorze francs) valeur au 3 janvier 2007 et de 7'476 fr. 20 (sept mille quatre cent septante-six francs et vingt centimes) valeur au 1er février 2007.
L'opposition relative à la créance est maintenue pour le surplus, l'existence du gage étant constatée.

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

Le poursuivi G._____ doit verser à la poursuivante Banque F._____ la somme de 660 fr. (six cent soixante francs) à titre de dépens de première instance.

III. Les frais de deuxième instance du recourant sont arrêtés à 900 fr. (neuf cents francs).

IV. Il n'est pas alloué de dépens de deuxième instance.

V. L'arrêt motivé est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du 28 mai 2009

Le dispositif de l'arrêt qui précède est communiqué par écrit aux intéressés.

La greffière :

Du 16 septembre 2009

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié en expédition complète, par l'envoi de photocopies à :

- M. G. _____,
- Banque F. _____.

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 Lausanne.

La greffière :