

COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

Séance du 18 février 2010

Présidence de M. MULLER, président
Juges : Mme Carlsson et M. Denys
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 **V.**_____, à Renens, contre le prononcé de mainlevée rendu le 16 juin 2009, à la suite de l'audience du 5 mai 2009, par le Juge de paix du district de l'Ouest lausannois dans la cause opposant le recourant à **H.**_____, à Laguna Niguel (Etats-Unis).

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

En fait :

1. Par contrat de vente du 28 avril 2006, avec élection de droit en faveur du droit allemand, la société I._____ (ci-après : I._____) a vendu à la raison individuelle K._____, V._____, divers biens concernant l'exploitation d'un salon de coiffure pour le prix de 102'221.95 euros, immédiatement payable à la venderesse.

Par contrat de prêt du même jour, également soumis au droit allemand, I._____ a prêté à K._____, V._____, le montant de 102'221.95 euros pour financer la vente conclue le même jour entre les parties. Ce contrat prévoit à son art. 4 que l'emprunteur met à la disposition du prêteur une caution à première demande, déterminée dans un contrat séparé, conformément au droit allemand, et à son art. 7 que le prêteur est autorisé à céder ses droits à un tiers, auquel cas l'emprunteur en sera informé.

Par acte du 28 avril 2006, V._____ s'est porté personnellement caution solidaire à première demande pour la prétention résultant du contrat de prêt précité de 102'221.95 euros. Cet acte mentionne que le cautionnement est régi par le droit allemand.

Par contrat des 30 août et 20 septembre 2006 passé entre I._____ et K._____ SA, soumis au droit allemand, cette dernière société a repris à son compte la dette née du contrat de prêt du 28 avril 2006, initialement octroyé à la raison individuelle K._____, V._____.

Le 20 septembre 2006, V._____ a signé un nouvel acte de cautionnement soumis au droit allemand, se portant caution solidaire à première demande pour la prétention résultant du contrat de prêt de 102'221.95 euros repris par K._____ SA.

Par acte intitulé « Convention d'acceptation d'une prestation tenant lieu d'exécution et Cession de créance » du 2 novembre 2006,

soumis au droit allemand, I. _____ a cédé à H. _____ sa créance de 102'221.95 euros en capital, intérêts et frais, détenue contre K. _____ SA à la suite de la reprise de dette. Les art. 6 et 7 de cet acte ont la teneur suivante :

« 6.

M. H. _____ a connaissance du fait que M. V. _____ (...) s'est porté caution solidaire première demande selon les fondements du droit allemand pour l'obligation résultant du prêt. (...). M. H. _____ a connaissance du fait que le devoir de cautionnement peut être annulé par le changement de créancier. C'est pourquoi M. V. _____ est prié conformément à l'attestation de cautionnement ci-jointe, d'accepter ce changement de créancier. I. _____ transmettra l'attestation de cautionnement à M. V. _____.

7.

I. _____ déclare que, comme une vendeuse, elle doit se porter garante pour la créance de prêt cédée (...). En outre elle reprend la caution jointe à ce contrat pour la créance de prêt. M. H. _____ assure qu'avant d'avoir recours à la caution d'I. _____, il aura d'abord recours à la caution de M. V. _____, si toutefois celui-ci valide le changement de créancier (...). »

2. A la requête de H. _____, l'Office des poursuites de Lausanne-Ouest a notifié à V. _____, le 11 septembre 2008, dans la poursuite

n° 2'347'554, un commandement de payer portant sur la somme de 166'713 fr. 77 plus intérêt à 8 % dès le 29 juillet 2008, indiquant comme cause de l'obligation :

« 1. Contrat de cautionnement à première demande du 20.08.06 entre V. _____ à Renens et I. _____ à Köln/D (ci-après I. _____) portant sur le prêt de Euros 102'221,95 accordé par I. _____ à la raison individuelle K. _____, V. _____ à Renens par contrat de prêt du 28.04.2006, dette reprise par K. _____ SA par acte des 30 août et 20 septembre 2006, créance cédée par I. _____ à H. _____ par acte du 01.12.2007, cession notifiée au débiteur. 2. Responsabilité solidaire du sujet transférant (art. 75 LFus.). Prêt de Euro 102'221.95 accordé par contrat du 28.04.06 à la raison individuelle K. _____, V. _____ (sujet transférant), repris par K. _____ SA par acte du 30 août et 20 septembre 2006. »

Le poursuivi a formé opposition totale.

Le 29 janvier 2010, le poursuivant a requis la mainlevée provisoire de l'opposition à concurrence du montant réclamé en poursuite,

ainsi que des frais du commandement de payer par 200 fr. et d'encaissement par 500 francs.

Par prononcé rendu le 16 juin 2009, à l'issue de l'audience du 5 mai 2009, le Juge de paix du district de l'Ouest lausannois a prononcé la mainlevée provisoire de l'opposition à concurrence de 151'586 fr. 51 plus intérêts à 8 % l'an dès le 29 juillet 2008, sous déduction de 4'913 fr. 80 valeur au 22 juin 2006, de 4'934 fr. valeur au 6 juillet 2006, de 4'960 fr. 75 valeur au 7 août 2006, de 4'985 fr. valeur au 11 septembre 2006 et de 5'018 fr. 30 valeur au 13 octobre 2006 (I), arrêté à 660 fr. les frais de justice de la partie poursuivante (II) et dit que la partie poursuivie devait lui verser la somme de 1'360 fr. à titre de dépens, montant comprenant le remboursement de ses frais de justice par 660 fr. ainsi que 700 fr. à titre de participation aux honoraires de son mandataire (III).

Le prononcé motivé a été envoyé pour notification aux parties le 2 septembre 2009. Le poursuivi l'a reçu le lendemain.

Par acte du lundi 14 septembre 2009, V._____ a recouru contre ce prononcé, concluant, sous suite de dépens, principalement à son annulation, subsidiairement à sa réforme en ce sens que la requête de mainlevée est rejetée, plus subsidiairement en ce sens que la mainlevée est accordée à concurrence de 151'586 fr. 51 plus intérêts à 8 % l'an dès le 29 juillet 2008, sous déduction de 26'710 fr. 15 valeur au 6 février 2006, 4'913 fr. 80 valeur au 22 juin 2006, de 4'934 fr. valeur au 6 juillet 2006, de 4'960 fr. 75 valeur au 7 août 2006, 4'985 fr. valeur au 11 septembre 2006, 5'018 fr. 30 valeur au 13 octobre 2006, 7'743 fr. 85 valeur au 31 octobre 2006 et de 5'955 fr. 65 valeur au 2 mars 2007. Il a développé ses moyens dans une écriture du 9 novembre 2009.

Dans son mémoire du 5 janvier 2010, H._____ a conclu, sous suite de dépens, au rejet du recours.

En droit :

I. Le recours a été déposé en temps utile, dans le délai de dix jours de l'art. 57 al. 1 LVLP, arrivé à échéance le dimanche 13 septembre 2009 et reporté au lundi 14 septembre 2009 (art. 54 al. 1 LVLP et 31 al. 3 LP).

Il tend principalement à la nullité et, subsidiairement, à la réforme.

En nullité, le recourant se plaint d'un exposé insuffisant des faits par le premier juge et de l'absence d'imputation de certains versements sur le montant en poursuite. De tels griefs sont irrecevables en nullité, voie de droit subsidiaire (Poudret/Haldy/Tappy, Procédure civile vaudoise, 3^e éd., n. 14 ad art. 444 CPC). En effet, la voie de recours en réforme, qui est ouverte contre un prononcé de mainlevée, permet à la cour de céans de revoir la cause avec un plein pouvoir d'examen en droit mais également en fait, sur la base du dossier. Le recours en nullité est irrecevable.

Il y a lieu d'examiner le recours en réforme.

II. a) Selon l'art. 82 LP, le créancier dont la poursuite se fonde sur une reconnaissance de dette constatée par acte authentique ou sous seing privé peut requérir la mainlevée provisoire. Constitue une reconnaissance de dette l'acte authentique ou sous seing privé signé par le poursuivi d'où ressort sa volonté de payer au poursuivant, sans réserve ni condition, une somme d'argent déterminée, ou aisément déterminable (ATF 130 III 87, JT 2004 II 118).

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, p. 142). La simple vraisemblance du moyen libératoire suffit à mettre en échec la requête de mainlevée. Il suffit que, sur la base d'éléments concrets, le juge acquière l'impression d'une certaine vraisemblance de l'existence de faits pertinents, sans pour autant qu'il doive exclure qu'il puisse en être autrement (Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, n. 82 ad art. 82 LP).

b) Comme titre de mainlevée, H. _____ invoque le contrat de cautionnement passé entre V. _____ et I. _____ le 20 septembre 2006 (le commandement de payer mentionne la date erronée du 20 août 2006). Ce contrat contient une élection de droit en faveur du droit allemand. Selon acte du 2 novembre 2006, H. _____ est cessionnaire des droits détenus par la société I. _____. Cet acte est également soumis au droit allemand. C'est donc ce droit qui détermine les effets de la cession (art. 116 LDIP, loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 ; RS 291). Aux termes de l'art. 16 al. 1 LDIP, le contenu du droit étranger doit être établi d'office. A cet effet, la collaboration des parties peut être requise. En matière patrimoniale, la preuve peut être mise à la charge des parties. Selon l'art. 16 al. 2 LDIP, le droit suisse s'applique si le contenu du droit étranger ne peut être établi. En l'espèce, le contenu du droit allemand en matière de cautionnement et de cession de créance n'a été abordé ni dans la décision attaquée ni dans les écritures des parties. Quoi qu'il en soit, il n'apparaît pas indispensable d'approfondir cette question pour les motifs qui suivent.

La portée de la cession peut déjà être appréciée sur la base du contenu de l'acte du 2 novembre 2006 passé entre I. _____ et H. _____. Selon l'art. 6 de ce contrat, l'intimé a connaissance du fait qu'V. _____ s'est porté caution solidaire à première demande selon le droit allemand pour l'obligation résultant du prêt ; il est précisé que H. _____ sait que

les obligations de la caution peuvent s'éteindre en raison de la cession de créance, raison pour laquelle les parties ont prévu de prier le recourant d'accepter le changement de créancier, I._____ étant chargé de lui transmettre l'attestation de cautionnement joint au contrat. Il ressort en outre de l'art. 7 qu'I._____ se porte caution envers H._____ pour la créance cédée issue du prêt et que celui-ci garantit à I._____ d'avoir recours à sa caution qu'après avoir eu recours à la caution d'V._____, si toutefois celui-ci valide le changement de créancier.

Il résulte ainsi de l'acte de cession entre I._____ et H._____ que ceux-ci ont eux-mêmes laissé entendre qu'V._____ ne serait pas tenu à l'égard de l'intimé s'il n'agréait pas le changement de créancier. H._____ n'a pas établi par pièce que le recourant aurait accepté. Dans ces conditions, sous l'angle de la vraisemblance tout du moins, on peut admettre l'existence d'un moyen libératoire suffisant. En effet, au vu de la teneur du contrat de cession, il existe une incertitude sur la question de savoir si le bénéfice du cautionnement est passé à l'intimé cessionnaire. Cette incertitude est suffisante pour admettre un moyen libératoire, même s'il n'est pas exclu qu'il puisse en aller autrement.

H._____ ne dispose pas non plus d'un titre de mainlevée sur la base du contrat de prêt du 28 avril 2006 accordé par I._____ au recourant. En effet, la dette issue de ce prêt a été reprise par K._____ SA selon contrat du 20 septembre 2006, ce qui a libéré V._____. L'art. 75 LFus (Loi sur la fusion du 3 octobre 2003, RS 221.301) invoqué par l'intimé sur le commandement de payer apparaît par conséquent sans portée, la reprise de dette ne résultant pas d'une fusion - à propos de laquelle l'intimé n'a d'ailleurs rien établi - mais bien d'un contrat autonome passé avec le prêteur.

III. Dans ces conditions, le recours doit être admis et le prononcé réformé en ce sens que l'opposition formée par V._____ au comman-

dement de payer n° 2'347'554 de l'Office des poursuites de Lausanne-Ouest, notifié à la réquisition de H._____, est maintenue.

Les frais de première instance, par 660 fr., sont laissés à la charge de l'intimé. Celui-ci doit payer au recourant la somme de 700 fr. à titre de dépens de première instance.

Les frais de deuxième instance du recourant sont arrêtés à 900 francs. Obtenant gain de cause, il a droit à des dépens de deuxième instance, par 1'900 francs.

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.
- II. Le prononcé est réformé en ce sens que l'opposition formée par V._____ au commandement de payer n° 2'347'554 de l'Office des poursuites de Lausanne-Ouest, notifié à la réquisition de H._____, est maintenue.

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

Le poursuivant H._____ doit verser au poursuivi V._____ la somme de 700 fr. (sept cents 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. L'intimé H._____ doit verser au recourant V._____ la somme de 1'900 fr. (mille neuf cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.

V. L'arrêt motivé est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du 18 février 2010

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

La greffière :

Du 31 mai 2010

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

- Me Thierry Amy, avocat (pour V._____),
- Me Inès Feldmann, avocate (pour H._____).

La Cour des poursuites et faillites considère que la valeur litigieuse est de 126'774 fr. 66.

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 :

- Mme le Juge de paix du district de l'Ouest lausannois.

La greffière :