

# **BGer 5A\_1036/2018 vom 15. Mai 2019**

Bundesgericht, 2019-05-15, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_1036\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_1036_2018)

FR: TF 5A\_1036/2018 du 15 mai 2019

IT: TF 5A\_1036/2018 del 15 maggio 2019

## **Erwägungen**

### **E. 1**

La décision attaquée est une décision finale ( art. 90 LTF ; ATF 133 III 399 consid. 1.4), rendue en matière de poursuite pour dettes et faillite ( art. 72 al. 2 let. a LTF , en relation avec l' art. 82 LP ), par un tribunal cantonal supérieur ayant statué sur recours ( art. 75 al. 1 et 2 LTF ), dans une affaire pécuniaire dont la valeur litigieuse s'élève au moins à 30'000 fr. ( art. 74 al. 1 let. b LTF ). Le recourant, qui a interjeté son recours dans le délai légal ( art. 100 al. 1 LTF ), a été débouté de ses conclusions par l'autorité précédente, de sorte qu'il a qualité pour recourir ( art. 76 al. 1 LTF ).

### **E. 2.1**

Le recours en matière civile peut être formé pour violation du droit fédéral, y compris les droits constitutionnels ( art. 95 let. a LTF ; ATF 133 III 399 consid. 1.5; arrêt 5A\_144/2014 du 23 juin 2014 consid. 1 non publié in ATF 140 III 372 ). Le Tribunal fédéral applique le droit d'office ( art. 106 al. 1 LTF ). Cela étant, eu égard à l'exigence de motivation contenue à l' art. 42 al. 1 et 2 LTF , il n'examine en principe que les griefs soulevés; il n'est pas tenu de traiter, à l'instar d'une autorité de première instance, toutes les questions juridiques qui pourraient se poser, lorsque celles-ci ne sont plus discutées devant lui ( ATF 140 III 86 consid. 2; 135 III 397 consid. 1.4). En outre, il ne connaît de la violation des droits fondamentaux que si de tels griefs ont été invoqués et motivés par le recourant (" principe d'allégation ", art. 106 al. 2 LTF ; ATF 142 III 364 consid. 2.4; 137 II 305 consid. 3.3), c'est-à-dire s'ils ont été expressément soulevés et exposés de façon claire et détaillée ( ATF 142 II 369 consid. 2.1; 141 I 36 consid. 1.3 et les références).

### **E. 2.2**

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ); il ne peut s'en écarter que si ceux-ci ont été établis de façon manifestement inexacte - soit de manière arbitraire au sens de l' art. 9 Cst. ( ATF 140 III 115 consid. 2; 137 III 226 consid. 4.2; 135 III 397 consid. 1.5; 134 IV 36 consid. 1.4.1; 133 II 249 consid. 1.2.2) - ou en violation du droit au sens de l' art. 95 LTF ( art. 105 al. 2 LTF ) et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 in fine LTF). Le recourant qui soutient que les faits ont été établis d'une manière manifestement inexacte doit satisfaire au principe d'allégation. Les critiques de nature appellatoire sont irrecevables ( ATF 140 III 264 consid. 2.3 et les références).

### **E. 3**

En substance, la Cour de justice a jugé que le contrat de prêt valait titre de mainlevée pour le montant prêté en capital de 13'000'000 fr., étant précisé qu'il n'était pas contesté que la débitrice principale avait bien reçu cette somme. Elle a considéré que le fait que la mise en demeure du 19 novembre 2015 portait sur un montant plus élevé que le montant en capital

du prêt n'était pas déterminant, puisque la mainlevée de l'opposition n'était requise qu'à hauteur de 4'000'000 fr. Le fait que le commandement de payer notifié à la débitrice principale portait sur un montant inférieur au capital prêté, à savoir 8'788'767 fr. 60, ne faisait pas non plus en lui-même obstacle au prononcé de la mainlevée. En effet, selon l'autorité cantonale, ce dernier montant tenait compte du fait que la Banque B. \_\_\_\_\_ SA avait encaissé 4'000'000 fr. suite à l'appel à la garantie de D. \_\_\_\_\_ SA, ce qui avait réduit d'autant le montant de la dette de la débitrice principale.

Examinant ensuite si la réduction de la dette principale justifiait une réduction proportionnelle du montant de la caution, la Cour de justice a au préalable constaté que l'acte de cautionnement excluait la réduction du cautionnement prévu à l' art. 500 al. 1 CO . Cette dérogation ne valait toutefois qu'en ce qui concerne la réduction périodique du montant dont la caution était tenue, au sens de l'art. 500 al. 1 première phrase CO, et non pour la diminution proportionnelle prévue par l'art. 500 al. 1 deuxième phrase CO, puisque cette dernière disposition était de droit relativement impératif. En l'espèce, la poursuivante admettait que la dette principale avait été réduite de 4'000'000 fr. suite à l'appel à la garantie de D. \_\_\_\_\_ SA. Le capital prêté, pour lequel la poursuivante disposait d'un titre de mainlevée, s'élevant à 13'000'000 fr., la proportion de la réduction était de 30,77%. Ce même pourcentage de réduction devait s'appliquer au montant de la caution de 4'000'000 fr. dû par le poursuivi. Vu ce qui précède, l'autorité cantonale a considéré que la mainlevée provisoire devait être prononcée à hauteur de 2'769'200 fr., avec intérêts dès le 23 janvier 2016.

#### **E. 4**

Le recourant se plaint en premier lieu d'une violation de l' art. 82 LP . Il prétend qu'il n'existerait pas de reconnaissance de dette valable justifiant la mainlevée provisoire, la Cour de justice ignorant le montant de la dette reconnue par la débitrice principale. En effet, alors que le contrat du 16 janvier 2012 prévoyait un crédit hypothécaire de 13'000'000 fr., la mise en demeure du 19 novembre 2015 portait sur 13'135'394 fr. 92. Aucun des montants composant cette somme n'avait été explicité ou prouvé par la banque. Celle-ci avait en outre requis une poursuite en réalisation de gage contre la débitrice principale à hauteur de 8'788'767 fr. 60, ce qui ne correspondait ni au montant indiqué dans le contrat de prêt, ni à ceux figurant dans la mise en demeure du 19 novembre 2015. Enfin, le recourant fait valoir qu'en sa qualité de caution, il ne lui appartenait pas de prouver le montant des remboursements. En définitive, il affirme que la Cour de justice ne pouvait pas considérer que seul un montant de 4'000'000 fr. avait été remboursé.

#### **E. 4.1**

Dans la poursuite contre la caution solidaire, le poursuivant ne peut obtenir la mainlevée provisoire de l'opposition que si l'acte de cautionnement est accompagné d'une reconnaissance de dette signée du débiteur principal ( ATF 122 III 125 consid. 2b; arrêt 5A\_42/2007 du 25 janvier 2008 consid. 4, non publié in ATF 134 III 141 ) et si la dette principale est exigible (arrêt 5A\_477/2011 du 10 octobre 2011 consid. 4.3.1).

#### **E. 4.1.1**

Constitue une reconnaissance de dette, au sens de l' art. 82 al. 1 LP , en particulier, l'acte sous seing privé, signé par le poursuivi - ou son représentant ( ATF 132 III 140 consid. 4.1.1 ) -, d'où ressort sa volonté de payer au poursuivant, sans réserve ni condition, une somme d'argent déterminée, ou aisément déterminable, et exigible ( ATF 145 III 20 consid.

4.1.1; 139 III 297 consid. 2.3.1).

Un contrat écrit justifie en principe la mainlevée provisoire de l'opposition pour la somme d'argent incombant au poursuivi lorsque les conditions d'exigibilité de la dette sont établies et, en particulier dans les contrats bilatéraux, lorsque le poursuivant prouve avoir exécuté les prestations dont dépend l'exigibilité. Un contrat bilatéral ne vaut ainsi reconnaissance de dette que si le poursuivant a rempli ou garanti les obligations légales ou contractuelles exigibles avant le paiement dont il requiert le recouvrement, ou au moment de ce paiement, c'est-à-dire s'il a exécuté ou offert d'exécuter sa propre prestation en rapport d'échange ( ATF 145 III 20 consid. 4.1.1 et les références). En particulier, un contrat de prêt ne constitue pas une reconnaissance de dette pure et simple, mais ne vaut titre de mainlevée provisoire au sens de l' art. 82 al. 1 LP que si le poursuivant a fourni sa prestation ( ATF 145 III 20 consid. 4.3.2; arrêts 5A\_446/2018 du 25 mars 2019 consid. 5). Sous cet angle, la question de la fourniture de la prestation du poursuivant ne ressortit pas à un moyen libératoire au sens de l' art. 82 al. 2 LP que le débiteur devrait rendre vraisemblable. Elle relève de la contestation d'une exigence mise à l'admission d'un contrat bilatéral parfait comme titre de mainlevée provisoire au sens de l' art. 82 al. 1 LP . Il incombe au créancier poursuivant de justifier qu'il dispose d'un tel titre ( ATF 145 III 20 consid. 4.3.2 in fine).

#### **E. 4.1.2**

Lorsqu'une poursuite est engagée contre la caution, celle-ci peut rendre vraisemblables ses exceptions tenant à l'existence et au montant de la dette principale à titre de moyen libératoire au sens de l' art. 82 al. 2 LP . En effet, la garantie étant l'accessoire de la dette principale, la caution doit être autorisée à faire valoir ses moyens concernant tant sa dette que la dette principale (arrêt 5A\_477/2011 du 10 octobre 2011 consid. 5.2.1). La caution peut notamment se prévaloir des exceptions concernant la validité de la reconnaissance de dette ou la naissance de l'engagement, la portée de l'engagement, ou encore de l'extinction de l'engagement, par exemple par le paiement de la dette (arrêt 5A\_477/2011 du 10 octobre 2011 consid. 5.2.1).

Le poursuivi n'a pas à apporter la preuve absolue (ou stricte) de ses moyens libératoires, mais seulement à les rendre vraisemblables, en principe par titre ( art. 254 al. 1 CPC ; ATF 145 III 20 consid. 4.1.2; 142 III 720 consid. 4.1 et les arrêts cités). Le juge n'a pas à être persuadé de l'existence des faits allégués; il doit, en se fondant sur des éléments objectifs, avoir l'impression qu'ils se sont produits, sans exclure pour autant la possibilité qu'ils se soient déroulés autrement ( ATF 142 III 720 consid. 4.1; 132 III 140 consid. 4.1.2).

Le point de savoir si le recourant a rendu vraisemblable sa libération ressortit à l'appréciation des preuves (arrêts 5A\_446/2018 du 25 mars 2019 consid. 4.2; 5A\_833/2017 du 8 mars 2018 consid. 3; 5A\_435/2015 du 13 octobre 2015 consid. 3.2.1.3), domaine dans lequel le Tribunal fédéral se montre réservé, vu le large pouvoir qu'il reconnaît en la matière aux autorités cantonales; il n'intervient, pour violation de l' art. 9 Cst. , que si le juge cantonal n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, a omis, sans motif objectif, de tenir compte d'une preuve pertinente ou encore a effectué, sur la base des éléments recueillis, des déductions insoutenables ( ATF 143 IV 500 consid. 1.1).

#### **E. 4.2**

En l'espèce, la cour cantonale a qualifié de prêt la relation contractuelle liant les parties principales. Le recourant ne remet pas en cause cette qualification. Il n'est pas non plus contesté que la débitrice principale a bien reçu le montant prêté en capital de 13'000'000 fr.

et que le remboursement du prêt était exigible. En outre, le recourant ne formule en réalité aucune critique qui permettrait d'infirmer que le contrat de prêt entre la poursuivante et la débitrice principale constitue une reconnaissance de dette, au sens de l' art. 82 al. 1 LP (cf. à ce sujet supra consid. 4.1.1).

Pour le surplus, en affirmant qu'il n'est pas établi que la dette principale ne serait pas réduite au-delà des 4'000'000 fr. admis par l'intimée, en raison d'éventuels autres versements auxquels la débitrice principale aurait pu procéder, le recourant entend soulever un moyen libératoire tiré de l'extinction de la dette principale par le paiement. Il reconnaît cependant lui-même que ces paiements ne sont pas établis. En tant qu'il soutient qu'il ne lui appartenait pas de démontrer le montant des remboursements, il omet que lorsqu'une poursuite est engagée contre la caution, c'est bien à celle-ci qu'il incombe de rendre vraisemblable sa libération (cf. supra consid. 4.1.2). Le recourant, qui est par ailleurs administrateur président de la débitrice principale, n'invoque même pas avoir tenté de rendre vraisemblable que celle-ci aurait procédé à des remboursements supplémentaires. En outre, comme l'autorité cantonale l'a correctement relevé, ce que le recourant ne critique du reste pas spécifiquement, le seul fait que la mise en demeure du 19 novembre 2015 portait sur un montant supérieur au montant en capital du prêt (ce qui s'explique probablement par les intérêts et la pénalité dus) et que le commandement de payer notifié à la débitrice principale portait sur un montant différent que ceux mentionnés dans la mise en demeure du 19 novembre 2015 et dans le contrat de prêt, ne saurait être suffisant - dans le cadre strict de la procédure de mainlevée provisoire - pour rendre vraisemblable que la dette principale serait réduite de plus de 4'000'000 fr. Le recourant supporte donc l'échec de la preuve du moyen libératoire et son grief doit être rejeté.

## **E. 5**

Le recourant se plaint en second lieu d'une violation de l'art. 500 al. 1 in fine CO. Il fait valoir que le montant de la réduction de la caution opérée par la Cour de justice est erroné en ce qu'il ne correspond pas à une réduction proportionnelle à celle de la dette principale. Le fait que la banque a admis que la dette principale avait été réduite à 4'000'000 fr. suite à l'encaissement résultant de l'appel à la garantie fournie par D.\_\_\_\_\_ SA n'exclurait pas que d'autres montants aient été remboursés dans l'intervalle. La Cour de justice s'était basée sur une dette principale réduite de 9'000'000 fr. alors que la banque avait notifié un commandement de payer d'un montant de 8'788'767 fr. 60 à la débitrice principale. Outre la réduction de la dette principale par 4'000'000 fr., il y avait donc probablement eu d'autres avances/remboursements. Même si ces versements n'avaient été ni expliqués ni prouvés par la banque, il n'en demeurerait pas moins qu'ils devaient être pris en compte dans le calcul de réduction du montant de la caution. La Cour de justice aurait dû à tout le moins prendre le montant de 8'788'767 fr. 60 en considération, ce qui aurait ramené le montant de la caution à 2'704'000 fr.

Bien que le recourant indique faire valoir une violation de l' art. 500 al. 1 CO , sa critique consiste en réalité à remettre en cause l'établissement des faits, en particulier le montant de la réduction de la dette principale. Cela étant, comme indiqué plus haut (cf. supra consid. 4.2), il ne conteste pas n'avoir ni établi ni rendu immédiatement vraisemblable qu'outre la réduction de la dette principale, admise par l'intimée, par la garantie fournie par D.\_\_\_\_\_ SA, il y avait eu d'autres remboursements. Le seul fait que l'intimée a fait notifier un commandement de payer à hauteur de 8'788'767 fr. 60 contre la débitrice principale n'est à lui seul pas déterminant à cet égard. En définitive sa critique,

insuffisamment motivée, est irrecevable (cf. supra consid. 2.2).

#### **E. 6**

En conclusion, le recours doit être rejeté dans la mesure de sa recevabilité, aux frais du recourant ( art. 66 al. 1 LTF ), qui versera en outre une indemnité de dépens à l'intimée pour ses déterminations sur l'effet suspensif ( art. 68 al. 1 LTF ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.