

# BGer 5A 33/2011 vom 16. Februar 2012

Bundesgericht, 2012-02-16, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_33\\_2011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_33_2011)

FR: TF 5A 33/2011 du 16 février 2012

IT: TF 5A 33/2011 del 16 febbraio 2012

## Regeste

mainlevée d'opposition | Droit des poursuites et faillites

## Erwägungen

### E. 1.1

La décision rendue en matière de mainlevée - définitive ou provisoire - de l'opposition est une décision finale au sens de l' art. 90 LTF puisqu'elle met fin à l'instance ( ATF 134 III 115 consid. 1.1). Elle peut faire l'objet du recours en matière civile ( art. 72 al. 2 let. a LTF ) lorsque la valeur litigieuse atteint, comme en l'espèce, au moins 30'000 fr. ( art. 74 al. 1 let. b LTF ; ATF 133 III 399 consid. 1.3). Interjeté en temps utile ( art. 46 al. 1 let . c et 100 al. 1 LTF) par la partie qui a succombé en instance cantonale ( art. 76 al. 1 LTF ) à l'encontre d'une telle décision prise sur recours en dernière instance cantonale ( art. 75 LTF ), le présent recours est en principe recevable.

### E. 1.2

Le recours en matière civile peut être formé pour violation du droit fédéral, lequel comprend les droits constitutionnels ( art. 95 let. a LTF ; ATF 133 III 446 consid. 3.1, 462 consid. 2.3). Le Tribunal fédéral applique le droit d'office ( art. 106 al. 1 LTF ), sans être lié ni par les motifs de l'autorité précédente, ni par les moyens des parties; il peut donc admettre le recours en se fondant sur d'autres arguments que ceux invoqués par le recourant, comme il peut le rejeter en opérant une substitution de motifs ( ATF 133 III 545 consid. 2.2). Il ne connaît toutefois de la violation des droits fondamentaux que si ce grief a été soulevé et motivé par le recourant ("principe d'allégation"; art. 106 al. 2 LTF ; ATF 134 I 83 consid. 3.2; 133 II 249 consid. 1.4.2).

### E. 1.3

Saisi d'un recours en matière civile, 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 ces faits ont été établis de façon manifestement inexacte 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 LTF ). Le recourant qui entend se plaindre d'un établissement manifestement inexact - c'est-à-dire arbitraire ( art. 9 Cst. ; ATF 133 II 249 consid. 1.2.2 p. 252) - des faits doit satisfaire au principe d'allégation susmentionné (consid. 1.2).

### E. 1.4

Lorsqu'il admet un recours, le Tribunal fédéral peut statuer lui-même sur le fond ( art. 107 al. 2 LTF ) et donc prononcer la mainlevée de l'opposition, s'il dispose de tous les faits nécessaires; en effet, ni le recours en matière civile ni le recours constitutionnel ne sont purement cassatoires (arrêt 5A\_62/2009 du 2 juillet 2009 consid. 3).

## E. 2

A propos du pactum de non petendo, l'arrêt attaqué expose, en se référant à la doctrine (CHRISTIAN DENYS, Cédule hypothécaire et mainlevée, in JT 2008 II 3 ss, p. 15; DANIEL STAEHELIN, Commentaire bâlois, n. 22 ad art. 855 CC ; NICOLAS DE GOTTRAU, Transfert de propriété et cession à fin de garantie, in Sûretés et garanties bancaires, CEDIDAC n° 33, p. 214 et les références citées; RSJ 2005 p. 430) qu'en cas de transfert de la cédule hypothécaire à fin de garantie - ce qui, ainsi qu'il le constate par ailleurs de façon incontestée, est le cas en l'espèce - la convention fiduciaire oblige le créancier à ne pas faire usage des créances incorporées, c'est-à-dire à ne pas poursuivre le paiement, au-delà de ce qui est nécessaire à cette fonction de garantie; en d'autres termes, la convention implique nécessairement un pactum de non petendo portant sur la créance cédulaire dont la poursuite n'est pas nécessaire pour garantir le remboursement des créances en compte. Ce pacte constitue une exception que le débiteur peut opposer au créancier garanti, en vertu de l' art. 872 CC , si ce dernier prétend néanmoins se faire payer l'intégralité de la créance cédulaire. Il est un moyen libératoire que le poursuivi peut faire valoir au stade de la mainlevée ( art. 82 al. 2 LP ). Ainsi, poursuit l'arrêt attaqué en se référant toujours à la doctrine (DE GOTTRAU, op. cit., p. 213 à 215 et les références citées aux notes infrapaginales nn. 125 à 131), lorsque la banque créancière choisit la voie de la poursuite en réalisation de gage immobilier, elle fait valoir la créance incorporée dans la cédule, et non pas la créance résultant de sa relation contractuelle avec son client. Dans la procédure d'exécution forcée, le gage immobilier garantit au maximum le capital, les frais de poursuite et les intérêts moratoires, ainsi que les intérêts de trois années échus au moment de l'ouverture de la faillite ou de la réquisition de vente et ceux qui ont couru depuis la dernière échéance ( art. 818 al. 1 ch. 3 CC ). Il convient que la banque créancière établisse le montant de sa créance résultant du rapport contractuel de base, intérêts inclus, à la date de la réquisition de poursuite; se présentent alors trois hypothèses: - soit la créance résultant du rapport contractuel de base est inférieure au montant nominal de la créance incorporée dans la cédule, auquel cas la banque créancière ne peut intenter une poursuite que pour une somme équivalente à ce qui lui est effectivement dû en capital et intérêts en vertu du contrat de prêt; - soit la créance résultant du rapport contractuel de base est supérieure au montant nominal de la créance incorporée dans la cédule majoré des intérêts conventionnels (intérêts des trois années échus et intérêts ayant couru depuis la dernière échéance), auquel cas la banque créancière peut faire valoir l'intégralité de la créance incorporée dans la cédule ainsi que les intérêts couverts par le droit de gage au sens de l' art. 818 al. 1 ch. 3 CC ; - soit, enfin, la créance résultant du rapport contractuel de base est supérieure au montant nominal de la créance incorporée dans la cédule, mais inférieure au montant maximal couvert par le gage immobilier (à savoir le capital et les intérêts conventionnels échus de trois années et ceux qui ont couru depuis la dernière échéance), auquel cas les intérêts conventionnels dus pour la cédule doivent être réduits de sorte que la banque créancière ne réclame pas plus que sa créance effective, le fiduciaire ne devant pas faire un usage de la cédule qui aille au-delà de ce qui est nécessaire à son complet désintéressement. Après avoir ainsi pris le soin d'exposer les principes susmentionnés, la cour cantonale s'est contentée d'affirmer qu'elle statuait "en vertu du pactum de non petendo", mais elle n'a rien décidé quant à leur application au cas particulier. En effet, elle n'a tenu compte que de la créance résultant du rapport contractuel de base (limite de crédit maximum de 17'443'177 fr., somme en capital de 14'087'480 fr. exigible le 21 avril 2009) et n'a opéré aucune comparaison avec le montant des créances cédulaires, laquelle aurait dû

logiquement lui permettre de dire laquelle des trois hypothèses entrain en ligne de compte en l'occurrence. Si elle l'avait fait, elle aurait en réalité statué sur un moyen que, d'après le dossier, le poursuivi n'a pas soulevé, l'exception tirée du pactum de non petendo et fondée sur l' art. 872 CC étant, au stade de la mainlevée d'opposition, un moyen libératoire qu'il appartient au poursuivi de faire valoir ( art. 82 al. 2 LP ; cf. DENYS, op. cit., p. 15; STAEHELIN, op. cit., n. 22 ad art. 855 CC ; DE GOTTRAU, op. cit., p. 214 et les références citées; RSJ 2005 p. 430), un examen d'office n'intervenant, le cas échéant, qu'au stade de la réalisation, dans le cadre de l'épuration de l'état des charges ( art. 140 LP et 35 al. 2 ORFI; ATF 136 III 288 consid. 3.2). A teneur même de sa décision, la cour cantonale s'est donc fondée uniquement sur le défaut d'exigibilité partiel de la créance résultant du rapport contractuel de base avant de décider de la mesure dans laquelle la mainlevée pouvait être accordée dans la poursuite en réalisation de gage immobilier de la parcelle ici en cause. Il s'ensuit que les griefs d'appréciation arbitraire des preuves, de constatation manifestement inexacte des faits et d'application erronée du principe de la confiance soulevés en relation avec le pactum de non petendo n'ont pas à être examinés puisqu'il n'y a pas eu de décision à ce sujet, la recourante ne justifiant pas, à cet égard, d'un intérêt actuel et concret d'être pris en considération au sens de l' art. 76 al. 1 let. b LTF .

### **E. 3**

La cour cantonale a retenu ce qui suit à propos de l'exigibilité de la créance en poursuite. Le chiffre 4 de l'acte de transfert de propriété à fin de garantie conférait à la banque le droit d'exiger l'exécution des créances hypothécaires dès l'exigibilité, fût-elle seulement partielle, de l'une des créances résultant des crédits. Or, par lettre du 12 février 2009, la poursuivante avait résilié la convention de crédit-cadre des 6/11 septembre 2006 et demandé le remboursement des prêts échus pour le 31 mars 2009 à concurrence de 14'087'480 fr., ainsi que le remboursement du prêt venant à échéance le 17 avril 2009, à concurrence du montant de 3'040'910 fr. 11 auquel s'ajoutaient les intérêts de ce prêt du 1er janvier au 31 mars 2009, par 30'351 fr. 75. Ayant contresigné un précédent courrier de la poursuivante du 12 décembre 2008, le poursuivi avait reconnu que la première de ces sommes était exigible. En vertu de la clause conventionnelle précitée, la poursuivante pouvait ainsi indubitablement réclamer la créance abstraite correspondante, valablement dénoncée. En revanche, à défaut d'autre document produit devant le premier juge par la poursuivante, il paraissait difficile de considérer, sur la seule affirmation contenue dans la lettre de résiliation, que le dernier prêt était exigible au 17 avril 2009. La poursuivante n'ayant ainsi pas établi cette exigibilité, elle n'avait pas établi non plus celle de la créance abstraite correspondante. Le seul grief formulé sur ce point est celui de violation des règles sur le fardeau de la preuve. L'arrêt attaqué retiendrait à tort qu'il aurait incombé à la poursuivante d'établir le montant et l'exigibilité de la créance causale, alors qu'en réalité elle devait uniquement établir le montant et l'exigibilité de la créance abstraite en poursuite. Le grief est mal fondé. Il appartient bien au créancier d'établir que la créance en poursuite est exigible au moment de l'introduction de la poursuite (arrêt 5A\_845/2009 du 16 février 2010 consid. 7.1; STAEHELIN, in Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, n. 77 et 79 ad art. 82 LP ). En l'espèce, l'exigibilité de la créance abstraite étant automatiquement déclenchée par celle de la créance causale, il pouvait être requis de la poursuivante qu'elle établisse simplement l'exigibilité de cette dernière.

### **E. 4.1**

En se faisant remettre les cédules en cause pour garantir sa créance de base, d'un montant maximum de 17'443'177 fr., la recourante a obtenu le droit, incorporé dans les cédules ( art. 842 al. 1 CC ), de faire réaliser les immeubles mis en gage, à concurrence du montant total garanti par les cédules, soit le montant nominal de 18'424'300 fr. (cf. faits ci-dessus, let. A). Lorsqu'une créance est ainsi garantie par plusieurs immeubles, la poursuite en réalisation de gage doit porter sur tous les immeubles et le créancier doit poursuivre la réalisation de ceux-ci simultanément (art. 816 al. 3, 1ère phrase, CC; PAUL-HENRI STEINAUER, Les droits réels, tome III, 3e éd., n. 2787). Cette règle est impérative et doit au besoin être appliquée d'office ( ATF 100 III 48 ). En l'espèce, elle a été respectée.

#### **E. 4.2**

En principe, la mise en gage de plusieurs immeubles pour garantir une seule créance implique une répartition de la garantie sur les divers immeubles ( art. 798 al. 2 et 3 CC ), chacun de ceux-ci ne répondant alors que pour la somme fixée lors de la répartition. A certaines conditions cependant (appartenance des immeubles grevés au même propriétaire ou à des codébiteurs solidaires), la mise en gage peut être réalisée au moyen d'un droit de gage collectif ( art. 798 al. 1 CC ). Dans ce cas, chaque immeuble garantit la totalité de la créance et le créancier peut se faire désintéresser sur le produit de la réalisation de chacun des immeubles grevés, mais il n'a qu'un seul et même droit de gage, l'engagement collectif devant en outre ressortir de l'inscription au registre foncier ( art. 42 al. 1 ORF ) et, pour les cédules hypothécaires, figurer sur le titre ( art. 53 al. 3 ORF ; cf. STEINAUER, op. cit., n. 2661 s. et les références de doctrine citées à la note 52, n. 2665 et 2667). En l'espèce, l'on ne se trouve pas en présence d'un gage collectif au sens de l' art. 798 al. 1 CC , dès lors, notamment, qu'il n'existe pas qu'un seul et même droit de gage (cf. ATF 126 III 33 consid. 2), mais plusieurs, et qu'un engagement collectif n'est pas spécifié sur les titres comme le requiert l' art. 53 al. 3 ORF . L'on a donc affaire ici à un engagement de plusieurs immeubles avec répartition de la garantie au sens de l' art. 798 al. 2 CC . Dans ce cas, la répartition de la garantie se fait, sauf convention contraire, proportionnellement à la valeur des divers immeubles ( art. 798 al. 3 CC ). Cette répartition intervient en principe lors de la réalisation (art. 133 ss/156 al. 1 LP). En l'espèce, toutefois, elle a fait l'objet d'une décision cantonale qui est contestée devant le Tribunal fédéral au stade déjà de la mainlevée d'opposition. L'arrêt que celui-ci est appelé à rendre à ce stade ne peut avoir de portée définitive qu'en ce qui concerne le mode de répartition; il ne saurait en avoir quant aux montants puisque, selon la jurisprudence, le créancier gagiste poursuivant peut, au stade de l'épuration de l'état des charges ( art. 140 LP ), produire d'autres ou de plus amples droits que ceux réclamés dans la réquisition de poursuite, par exemple des intérêts supplémentaires ou la partie de la créance pour laquelle la mainlevée de l'opposition lui a été refusée, étant en outre observé qu'au stade de la mainlevée, le juge qui la prononce ne connaît pas encore le jour de la réquisition de vente et n'est donc pas en mesure d'allouer les intérêts courants prévus par l'art. 818 al. 1 ch. 3 in fine CC ( ATF 136 III 288 consid. 3.4 et la jurisprudence citée).

#### **E. 4.3**

La recourante était autorisée par la convention de crédit-cadre (ch. 17.2) et l'acte de transfert de propriété à fin de garantie (ch. 4) à décider seule de l'ordre prioritaire dans lequel créances et titres seraient amortis ou réalisés, dès lors et au besoin en dérogeant au système légal en cas de pluralité de gages (droit dispositif; cf. STEINAUER, op. cit., n. 2668 s; DAVID DÜRR, in Commentaire zurichois, n. 145, 148 ss ad art. 798 CC ; BERNARD

TRAUFFER/CHRISTINA SCHMID-TSCHIRREN, in Commentaire bâlois, n. 19 ad art. 798 CC ). Or, une manifestation de volonté de sa part fait défaut à cet égard. Cela étant, l'art. 798 al. 3 CC s'applique.

#### E. 4.4

La décision attaquée viole l'art. 798 al. 3 CC en ordonnant un autre mode de répartition que celui de la répartition proportionnelle. Conformément à ce mode de répartition, la fraction (ci-après: c) de la créance totale (ci-après: C) que doit garantir chaque immeuble correspond à la valeur estimative de cet immeuble (ci-après: v) par rapport à la valeur estimative de l'ensemble des immeubles (ci-après: V). A défaut d'estimation, qui n'est ordonnée qu'au stade de la réalisation ( art. 140 al. 3 LP ), il y a lieu de prendre en considération le montant nominal des cédulas hypothécaires. Selon la formule établie par STEINAUER (op. cit., n. 2669 s.), la répartition donne les résultats suivants pour les immeubles objet des poursuites parallèles en cause:  $parcelle\ C\ v\ V\ c\ 261\ 14'087'480\ x\ (8'100'000/18'424'300) = 6'193'374.40$   $940\ 14'087'480\ x\ (2'500'000/18'424'300) = 1'911'535.30$   $198\ 14'087'480\ x\ (3'200'000/18'424'300) = 2'446'765.20$   $200\ 14'087'480\ x\ (400'000/18'424'300) = 305'845.60$   $834/839\ 14'087'480\ x\ (205'000/18'424'300) = 156'745.90$   $835/841\ 14'087'480\ x\ (219'300/18'424'300) = 167'679.90$   $1205\ 14'087'480\ x\ (3'800'000/18'424'300) = 2'905'533.70$   $14'087'480.00$  Dans la poursuite en réalisation de gage immobilier visée par le présent recours, la décision attaquée a refusé d'octroyer la mainlevée provisoire de l'opposition. La recourante demande qu'elle soit accordée à concurrence de 3'800'000 fr. plus intérêt à 10 % comme en première instance et l'intimé, qu'elle soit refusée en totalité. Il résulte de la répartition ci-dessus que la mainlevée provisoire doit être accordée à concurrence de 2'905'533 fr. 70. Quant aux intérêts, soit ceux de la créance cédulaire en poursuite, l'acte de transfert de propriété à fin de garantie des cédulas hypothécaires prévoit, sous chiffre 2, que "le/les preneur(s) de crédit reconnaît/reconnaissent ainsi devoir à B. \_\_\_\_\_ le montant nominal de chaque titre hypothécaire ainsi que - sans égard à d'éventuelles clauses contraires figurant dans les titres - les intérêts courants et les intérêts échus de trois années au taux de 10 % l'an, aux échéances des 30 juin et 31 décembre". Le taux qu'il y a lieu d'appliquer pour les intérêts de trois années est donc celui de 10 % ( ATF 136 III 288 consid. 3.2; 4A\_451/2009 du 25 février 2010 consid. 5). Il s'ensuit que le recours doit être partiellement admis, la décision attaquée étant réformée dans le sens précité, et rejeté pour le surplus.

#### E. 5

Les deux parties obtiennent partiellement gain de cause, la recourante dans une plus grande mesure que l'intimé. La charge des frais judiciaires selon l'art. 66 al. 1 LTF doit en conséquence être répartie, en fonction du résultat chiffré ci-dessus, dans la proportion de 3/4 pour l'intimé et de 1/4 pour la recourante. Chaque partie ayant en outre droit à des dépens ( art. 68 al. 1 LTF ), qui doivent être réduits dans la même proportion, il y a lieu d'allouer à la recourante le montant qui lui revient à ce titre après compensation.

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